

Die Begründung von Nachlaßverbindlichkeiten durch
rechtsgeschäftliches Handeln des Testamentsvollstreckers

Dissertation

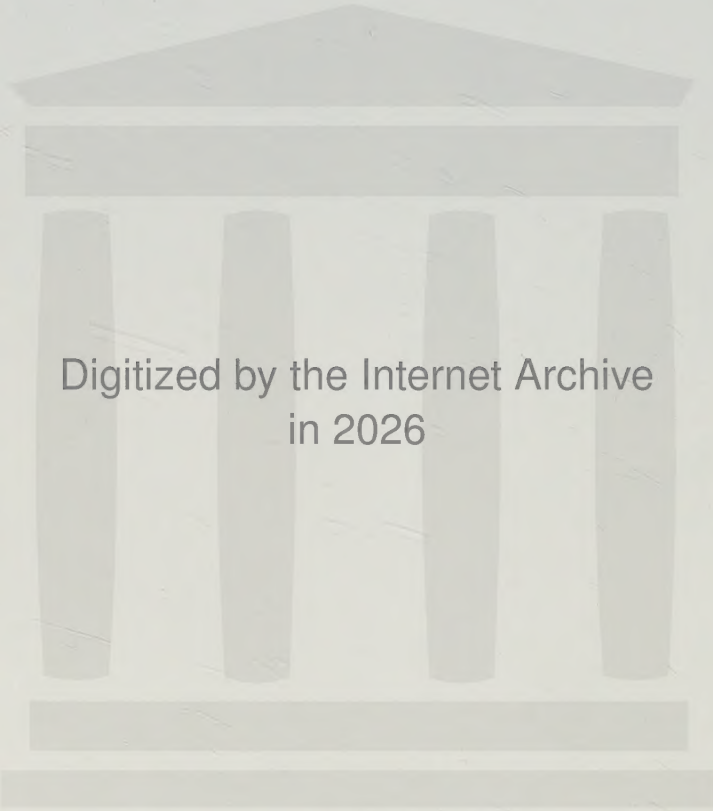
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts - und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg - Universität Mainz

vorgelegt von

Manfred Trees

Richter in Koblenz

1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552617_0050

**Die Begründung von Nachlaßverbindlichkeiten durch
rechtsgeschäftliches Handeln des Testamentsvollstreckers**

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechts - und Wirtschaftswissenschaften

der Johannes Gutenberg - Universität Mainz

vorgelegt von

Manfred Trees

Richter in Koblenz

1981



Erstberichterstatter : Professor Dr. iur. Klaus Müller
Zweitberichterstatter : Professor Dr. iur. Manfred Harder
Tag der mündlichen Prüfung : 1. April 1981

Inhaltsverzeichnis

Schrifttumsverzeichnis	5
Abkürzungsverzeichnis	14
Einleitung	16
1. Teil: Die Theorien zur Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers	18
2. Teil: Das Offenheitsprinzip bei den Verpflichtungsgeschäften des Testamentsvollstreckers	36
A. Die Verpflichtungen des Testamentsvoll- streckers als Nachlaßverbindlichkeiten des Erben. Ausgangsfrage: Wie muß der Testamentsvollstrecker auftreten, um Nachlaßverbindlichkeiten zu begründen?	36
I. Die herrschende Meinung: Der Testaments- vollstrecker muß sich erkennbar auf den Nachlaß beziehen	39
II. Die abweichenden Meinungen Dölles und Bettermanns	41
III. Der objektive Bezug zum Nachlaß als mögliche Alternative zur herrschenden Meinung	43

B. Ergibt ein Typenvergleich mit den Verpflichtungsgeschäften des vorläufigen und endgültigen Erben und des Vorerben in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses, daß die eigengeschäftlichen Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers mit objektivem Bezug zum Nachlaß als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen sind?	47
C. Das Offenheitsprinzip als Grundsatz für die Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers	64
I. Die Ableitung des Offenheitsprinzips	64
II. Die herrschende Meinung zum Offenheitsprinzip	72
III. Die abweichende Meinung Wolffs	75
IV. Die abweichende Meinung Müller-Freienfels'	77
D. Könnte der allgemeine Gedanke des Verkehrsschutzes eine Ausnahme vom Offenheitsprinzip rechtfertigen?	83
E. Die Verpflichtungsermächtigung in Analogie zur Verfügungsermächtigung des § 185 I BGB als mögliche Ausnahme vom Offenheitsprinzip	87
F. Zusammenfassung	89

3. Teil: Die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers und die Fälle fehlender Verpflichtungsmacht	91
A. Die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers	91
B. Die Fälle fehlender Verpflichtungsmacht	101
I. Beispiele und Systematisierungsversuch	102
II. Kann der Testamentsvollstrecker den von ihm vor der Amtsannahme abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäften zur Wirksamkeit verhelfen?	107
III. Kann der Erbe den wegen fehlender Verpflichtungsmacht des Testaments- vollstreckers unwirksamen Verpflichtungs- geschäften durch eigene rechts- geschäftliche Erklärungen zur Wirksamkeit verhelfen?	116
1. Die Möglichkeiten des Erben nach Beendigung der Testamentsvoll- streckung	116
2. Die Einwilligung des Erben während des Bestehens der Testaments- vollstreckung	117
a) Das Testamentsvollstreckeramt ist nicht wirksam	118
b) Das Amt des Testamentsvollstreckers ist wirksam, aber er ist zu dem betreffenden Geschäft nicht befugt	121

IV. Die Haftung des als Testamentsvoll-	
strecker Handelnden aus § 179 BGB	135

C. Zusammenfassung	138
--------------------	-----

Schrifttumsverzeichnis

Zur Zitierweise: Es ist grundsätzlich nur der Name des Autors zitiert (bei Beiträgen in Zeitschriften, Festschriften und Sammelwerken ist stets die Fundstelle mitgenannt). Falls mehrere Werke eines Autors zitiert sind, enthält das Zitat einen den Titel des Werkes kennzeichnenden Zusatz.

- | | |
|------------------------------|---|
| Auerbach,
Wilhelm | Die Verpflichtungsbefugnis des
Testamentsvollstreckers, Diss.
Marburg, Borna-Leipzig 1914 |
| Bartholomeyczik-
Schlüter | Erbrecht, Ein Studienbuch,
10. Aufl., München 1975 |
| BGB-RGRK | Das Bürgerliche Gesetzbuch mit
besonderer Berücksichtigung der
Rechtsprechung des Reichsgerichts
und des Bundesgerichtshofes,
Kommentar,
10. Lieferung, §§ 158 - 185,
12. Aufl., Berlin-New York 1974;
Bd. II, 2. Teil, 12. Aufl.,
Berlin-New York 1978;
Bd. V, 1. Teil, 12. Aufl.,
Berlin-New York 1974;
Bd. V, 2. Teil, 12. Aufl.,
Berlin-New York 1975 |
| Becher, Adolf | Die Haftung des Testamentsvoll-
streckers, Diss. Heidelberg,
Borna-Leipzig 1911 |
| Bertzel, Karl | Der Notgeschäftsführer als
Repräsentant des Geschäftsherrn,
AcP 158 (1959/1960), 107 |

- Bettermann,
Karl August Verpflichtungsermächtigung und
Vertrag zu Lasten Dritter,
JZ 1951, 321
- Boehmer, Gustav Erbfolge und Erbenhaftung,
Halle 1927
- Bötticher,
Eduard Die Konkursmasse als Rechtsträger
und der Konkursverwalter als ihr
Organ, ZZP 77 (1964), 55
- Brox, Hans Erbrecht, Lehrbuch, 6. Aufl.,
Köln, Berlin, Bonn, München 1979
- Canaris,
Claus Wilhelm Die Feststellung von Lücken im
Gesetz, Heft 3 der Schriften zur
Rechtstheorie, Berlin 1964
- Canaris,
Claus Wilhelm Die Vertrauenshaftung im deutschen
Privatrecht, Münchener Universitäts-
schriften, Reihe der Juristischen
Fakultät, Bd. 16, München 1971
- Coing, Helmut Rechtsformen der privaten
Vermögensverwaltung, insbesondere
durch Banken, in USA und
Deutschland, AcP 167 (1967), 99
- Dölle, Hans Neutrales Handeln im Privatrecht,
in: Festschrift Fritz Schulz,
2. Bd., Weimar 1951, S. 268
- Eichler,
Hermann Die Rechtslehre vom Vertrauen,
Privatrechtliche Untersuchungen
über den Schutz des Vertrauens,
Tübingen 1950

Enneccerus- Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 1. Bd., 2. Halbbd., 15. Aufl., Tübingen 1960
Entwurf I	Entwurf eines bürgerlichen Gesetz- buches für das Deutsche Reich, erste Lesung, Berlin 1888
Eucker, Ernst	Die Befugnisse des Testamentsvoll- streckers, Diss. Würzburg, Marburg 1912
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979
Graßhoff, Richard	Die verselbständigten Vermögens- massen (Die dritte Rechtsperson), in: Festschrift Ernst Heinitz, Berlin 1926, S. 124
Haegele, Karl	Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem und nach steuerlichem Recht, 5. Aufl., Regensburg 1975
Hamburger, Georg	Das Recht aus der Haftung und die Unmöglichkeit der Leistung, Berlin 1915
Hellwig, Konrad	System des Deutschen Zivilprozeß- rechts, 1. Teil, Leipzig 1912
Hückstädt, Gerhard	Der Testamentsvollstrecker im deutschen Recht des Mittelalters, Diss. Kiel, Kiel 1971

- | | |
|---------------------|---|
| Hupka, Josef | Die Vollmacht, Leipzig 1900 |
| Jaeger | Konkursordnung mit Einföhrungs-
gesetzen, Kommentar, 1. Bd.,
8. Aufl., Berlin 1958 |
| Kipp-Coing | Erbrecht, Ein Lehrbuch,
13. Bearb., Tübingen 1978 |
| Kisch, Wilhelm | Das Reichsgericht und der Partei-
begriff, in: Die Reichsgerichts-
praxis im deutschen Rechtsleben,
Bd. VI, Zivilprozeßrecht, o.J.,
S. 15 |
| Koerner,
Theodor | Die Befugnisse des Testaments-
vollstreckers, Diss. Straßburg,
Straßburg 1911 |
| Lange, Heinrich | Die Rechtsmacht des Testaments-
vollstreckers und ihre Grenzen,
JuS 1970, 101 |
| Lange-Kuchinke | Lehrbuch des Erbrechts, 2. Aufl.,
München 1978 |
| Larenz, Karl | Allgemeiner Teil des deutschen
Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl.,
München 1977 |
| Larenz, Karl | Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft, 1. Aufl., Berlin,
Göttingen, Heidelberg 1960
(zitiert: Larenz, Methodenlehre,
1. Aufl. ...). |
| Larenz, Karl | Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft, 4. Aufl., Berlin,
Heidelberg, New York 1979 |

- | | |
|------------------------|--|
| Leenen, Detlef | Typus und Rechtsfindung, Heft 26
der Schriften zur Rechtstheorie,
Berlin 1971 |
| Lehmann-Hübner | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches, 16. Aufl., Berlin
1966 |
| Lent, Friedrich | Zur Lehre von der Partei kraft
Amtes, ZZP 62 (1941), 129 |
| Leonhard, Franz | Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuche und seinen Neben-
gesetzen, 5. Buch, Erbrecht,
2. Aufl., Berlin 1912 |
| v. Lübtow,
Ulrich | Erbrecht, Eine systematische
Darstellung, 1. u. 2. Halbbd.,
Berlin 1971 |
| v. Lübtow,
Ulrich | Insichgeschäfte des Testaments-
vollstreckers, JZ 1960, 151 |
| Lüderitz,
Alexander | Prinzipien des Vertretungsrechts,
JuS 1976, 765 |
| Möhring, Oskar | Vermögensverwaltung in Vormund-
schafts- und Nachlasssachen,
5. Aufl., Heidelberg 1963 |
| Motive | Motive zu dem Entwurfe eines
Bürgerlichen Gesetzbuches für das
Deutsche Reich,
Bd. I, Allgemeiner Theil, 2. Aufl.,
Berlin 1896;
Bd. V, Erbrecht, 2. Aufl.,
Berlin 1896 |

- Müller, Klaus Gesetzliche Vertretung ohne
 Vertretungsmacht,
 AcP 168 (1968), 113
- Müller-
 Freienfels,
 Wolfram Die Vertretung beim Rechtsgeschäft,
 Tübingen 1955
- Münchener
 Kommentar Münchener Kommentar zum
 Bürgerlichen Gesetzbuch,
 Bd. 1, Allgemeiner Teil, AGB-
 Gesetz, München 1978
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit
 Einführungsgesetz u.a., Kurz-
 Kommentar, 38. Aufl., München 1979
- Peters, Frank Zur Rechtsfigur der Verpflichtungs-
 ermächtigung, AcP 171 (1971), 234
- Planck Planck's Kommentar zum Bürgerlichen
 Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz,
 Bd. V, Erbrecht, 4. Aufl., Berlin
 und Leipzig 1930
- Protokolle Protokolle der Kommission für die
 zweite Lesung des Entwurfs des
 Bürgerlichen Gesetzbuchs,
 Bd. I, Allgemeiner Theil und Recht
 der Schuldverhältnisse Abschn. I,
 Abschn. II, Tit. I, Berlin 1897;
 Bd. V, Erbrecht, Berlin 1899
- Rosenbaum,
 Ludwig Grundsätze und Art der Haftung des
 Testamentsvollstreckers unter
 besonderer Berücksichtigung der
 geschichtlichen Entwicklung und
 Rechtsprechung, Diss. Breslau,
 Habelschwerdt 1910

- Schäfer Zur Anwendung der §§ 177, 185 BGB
auf Rechtsgeschäfte des
Testamentsvollstreckers,
Württ NV 20 (1954), 1
- Scholtissek,
Alfred Die letztwillige Treuhand des
älteren deutschen Rechts, Die
gemeinrechtlichen Theorien über
die Testamentsvollstreckung, Die
Rechtstellung des Testaments-
vollstreckers im BGB, Die
geschichtliche Entwicklung und
ein Vergleich, Diss. Erlangen,
Breslau 1911
- Schultze,
Alfred Die langobardische Treuhand und
ihre Umbildung zur Testamentsvoll-
streckung, 49. Heft der Unter-
suchungen zur Deutschen Staats-
und Rechtsgeschichte, Breslau 1895
- Schultze,
Alfred Treuhänder im geltenden bürgerlichen
Recht, JherJb. 43 (1901), 1
- Siber, Heinrich Das Verwaltungsrecht an fremdem
Vermögen im Deutschen BGB,
JherJb. 67 (1917), 81
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
Kommentar,
Bd. 1, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978

- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Neben-
gesetzen, Kommentar,
Bd. 2, Schuldrecht I, 10. Aufl.,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967;
Bd. 6, Erbrecht, 10. Aufl.,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1974
- v. Sprechelsen; Der Begriff des privatrechtlichen
Hans Amtes unter besonderer Berück-
sichtigung der Testamentsvoll-
streckung, 41. Heft der Studien
zur Erläuterung des bürgerlichen
Rechts, Breslau 1927
- v. Staudinger J. v. Staudingers Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.,
Berlin 1957;
Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse,
Teil 1d, 10./11. Aufl., Berlin 1978;
Bd. V, Erbrecht, 1. Teil, 11. Aufl.,
Berlin 1954;
Bd. V, Erbrecht, 2. Teil, 10./11.
Aufl., Berlin 1960
- v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen
Andreas Bürgerlichen Rechts, Systematisches
Handbuch der Deutschen Rechts-
wissenschaft,
1. Bd., Leipzig 1910;
2. Bd., 1. Hälfte, München und
Leipzig 1914;
2. Bd., 2. Hälfte, München und
Leipzig 1918
- Westermann, Die Grundlagen des Gutglaubens-
Harry schutzes, JuS 1963, 1

- Wolff, Hans J. Organschaft und Juristische Person,
Untersuchungen zur Rechtstheorie
und zum Öffentlichen Recht, Bd. 2,
Theorie der Vertretung, berechtigter
Neudruck der Ausgabe Berlin 1934,
Aalen 1968
- Zippelius,
Reinhold Die Verwendung von Typen in Normen
und Prognosen, in: Festschrift für
Karl Engisch zum 70. Geburtstag,
Frankfurt am Main 1969, S. 224
- Zippelius,
Reinhold Einführung in die juristische
Methodenlehre, 2. Aufl., München
1974
- Zippelius,
Reinhold Problemjurisprudenz und Topik,
NJW 1967, 2229

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB AT	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
f., ff.	folgende
Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
Halbbd.	Halbband
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Ht.	Hauptteil
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne der, im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JherJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

Kap.	Kapitel
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o.J.	ohne Jahr
OLG	Oberlandesgericht
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
s.o.	siehe oben
u.	und
u.a.	und andere(n)
usw.	und so weiter
v.	von
vgl.	vergleiche
Württ NV	Mitteilungen aus der Praxis, heraus- gegeben vom Württembergischen Notarverein
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß

Einleitung

Die Untersuchungen dieser Arbeit sollen beschränkt sein auf die materiellrechtlichen Rechtsverhältnisse des Testamentsvollstreckers zu Dritten (Außenverhältnis); das Rechtsverhältnis des Testamentsvollstreckers zum Erben (Innenverhältnis) und die prozessualen Probleme sollen dagegen ausgeklammert bleiben.

Die Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers lassen sich im wesentlichen in drei Gruppen einteilen: Verpflichtungsgeschäfte, Verfügungsgeschäfte und Erwerbsgeschäfte. Da jede dieser drei Gruppen genügend Stoff für eine monographische Untersuchung bietet, soll die Thematik dieser Arbeit eingeeengt sein auf eine Gruppe, auf die Verpflichtungsgeschäfte. Die übrigen Rechtsgeschäfte sollen nur insoweit mitbehandelt werden, als zusammenhängende Strukturen dies notwendig erscheinen lassen zwecks besseren Verständnisses. Die Verpflichtungsgeschäfte sollen untersucht werden aus der Sicht des Dritten. Als Dritter in diesem Sinne kann dem Testamentsvollstreckter auch der Testamentsvollstreckter in seiner Eigenschaft als Privatperson gegenüberstehen. Es würde jedoch die Linie dieser Arbeit verlassen, wenn auch die Insichgeschäfte des Testamentsvollstreckers untersucht werden würden; denn die Vertrauensschutzinteressen des Testamentsvollstreckers privat sind notwendigerweise anders strukturiert als diejenigen eines fremden Dritten; die Rechtsbeschränkungen im Innenverhältnis zum Erben müssen hier in stärkerem Maße zum Zuge kommen. Insoweit sei lediglich verwiesen auf das Urteil des Bundesgerichtshofes¹⁾ und den Aufsatz von Lübtows²⁾.

1) BGHZ 30, 67.

2) v. Lübtow, JZ 1960, 151.

In erster Linie sollen geprüft werden die Primäransprüche des Dritten, falls der Testamentsvollstrecker ein Geschäft des Nachlasses als Eigengeschäft führt oder falls er ohne Rechtsmacht handelt.

Die Problematik der Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers hängt manchmal eng zusammen mit der Problematik anderer, insbesondere erbrechtlicher Institute und Rechtsnormen. Wegen des Gebotes der Knappheit können diese oft komplizierten Institute und Rechtsnormen nicht immer genügend ausführlich in ihrer Struktur dargestellt werden; dem Leser wird es manchmal nicht erspart bleiben können, darüber in Kommentaren und Lehrbüchern nachzulesen.

Die Untersuchungen sollen, soweit dies notwendig erscheint, um den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen, beschränkt bleiben auf spezifische Probleme des Rechtes der Testamentsvollstreckung. Eben der Zusammenhang mit den allgemeinen Instituten und Rechtsnormen kann aber ergeben, daß die Lösung eines allgemeinen, nicht spezifisch zum Recht der Testamentsvollstreckung gehörigen, Problems erheblich wird für die Lösung der vom Verfasser gestellten Ausgangsfrage. Trotzdem können dann diese allgemeinen Probleme nicht weiter verfolgt werden, sie mögen Gegenstand anderweitiger monographischer Untersuchungen sein.

Die geschichtliche Entwicklung des Instituts der Testamentsvollstreckung wurde nicht behandelt. Ein guter Überblick findet sich bei Lange-Kuchinke¹⁾ und bei Auerbach²⁾. Als monographische Untersuchungen seien genannt die Arbeiten von Hückstädt, Scholtissek und Schultze.

1) Lange-Kuchinke, § 29 I 1, S. 391 f.

2) Auerbach, S. 6 ff.

1. Teil: Die Theorien zur Rechtsstellung des
Testamentsvollstreckers

Es gibt eine Anzahl von Theorien, die die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers zu erklären versuchen¹⁾. Der Verfasser will in dem Meinungsstreit nicht grundsätzlich Stellung beziehen, da einerseits keine der Theorien zugleich auf prozessualen und materiellem Gebiete die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers dogmatisch widerspruchsfrei erklären kann²⁾ und andererseits die verschiedenen Theorien zumeist zu übereinstimmenden Ergebnissen gelangen³⁾. Nur wenn die verschiedenen Auffassungen bei den zu untersuchenden Fragen erheblich werden, soll näher auf jene eingegangen werden; soweit die Ergebnisse übereinstimmen, sollen sie auf der Grundlage verschiedener Theorien begründet werden.

Der Vollständigkeit halber seien die Meinungen mit den gegen sie gerichteten Einwänden kurz dargestellt.

Die Gruppe der Vertretertheorien läßt sich im wesentlichen in drei Untergruppen aufteilen, je nachdem, ob die betreffende Meinung den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erblassers, des Nachlasses oder des Erben ansieht.

1) Hervorragende Übersicht bei Lange-Kuchinke,
§ 29 III, S. 395 ff.

Vgl. auch

Soergel-Siebert-Müller, Vor § 2197, Rdnr. 1 - 8;
Staudinger-Dittmann, Vorbem. (vor § 2197), Rdnr. 12 f.

2) Vgl.

Soergel-Siebert-Müller, Vor § 2197, Rdnr. 9 - 14.

3) Vgl.

Lange-Kuchinke, § 29 III 1, S. 395 m.w.N.

Meischeider¹⁾ und Leonhard²⁾ sahen den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erblassers an. Dieser Meinung wurde entgegengehalten, § 164 I BGB setze als wesentliches Merkmal der Vertretung voraus, daß die Willenserklärung des Vertreters für und gegen den Vertretenen wirke, der Erblasser sei als Verstorbener aber nicht mehr rechtsfähig, er könne überhaupt nicht mehr Träger von Rechten und Pflichten sein, er könne nicht mehr vertreten werden³⁾. Soweit ersichtlich, wird die Theorie der Vertretung des Erblassers heute nicht mehr vertreten.

Eine zweite Variante der Vertretertheorie bezeichnete den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Nachlasses⁴⁾. Gegen diese Meinung wurde eingewendet: der Nachlaß gehe mit dem Erbfall dinglich gem. § 1942 I BGB auf den Erben über, der Nachlaß könne somit kein Rechtssubjekt, keine juristische Person, sondern nur ein Rechtsobjekt sein⁵⁾; das Gesetz

1) Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (BGB) für das Deutsche Reich, 1899, S. 459 (zitiert nach Soergel-Siebert-Müller, Vor § 2197, Rdnr. 2).

2) Leonhard, § 2197, Anm. II A.

3) Vgl.

Auerbach, S. 18 f.;

Koerner, S. 88 f.;

Rosenbaum, S. 14;

Staudinger-Dittmann, Vorbem. (vor § 2197), Rdnr. 14;

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 B, S. 923.

4) Vgl. die Nachweise bei Lange-Kuchinke,

§ 29 III 2a, Fußn. 42, S. 396.

5) Vgl.

Auerbach, S. 16;

Koerner, S. 89 f.;

Kipp-Coing, § 66 III, S. 381;

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 B, S. 924;

v. Lübtow, JZ 1960, 151.

behandele den Nachlaß nicht wie eine juristische Person, sondern wie ein normales Sondervermögen¹⁾; das BGB lehne die Personifikation von Sondervermögen ab²⁾. Auch diese Variante der Vertretertheorie wird heute, soweit ersichtlich, nicht mehr vertreten.

Die dritte Variante der Vertretertheorie sieht den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erben an³⁾; denn der Erbe sei Eigentümer des Nachlasses, während der Testamentsvollstrecker den Nachlaß verwalte, dieser sei berechtigt, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen und den Erben zu verpflichten, seine im Rahmen der Verwaltungsbefugnis vorgenommenen Rechtsgeschäfte wirkten direkt für und gegen den Erben.

Gegen diese Meinung wird eingewandt, der Testamentsvollstrecker könne kein Vertreter sein; denn: der Testamentsvollstrecker als Verwalter eines Sondervermögens mache zwar deutlich, daß nicht er

1) Vgl. v. Spreckelsen, S. 9.

2) Vgl.

Staudinger-Dittmann, Vorbem. (vor § 2197), RdNr. 14.

3) Vgl.

Hupka, S. 3;

v. Tuhr, § 84 I, S. 336 f.; § 86 I, S. 420 ff.;

Enneccerus-Nipperdey, § 180 I 1e, S. 1105 f.;

Larenz, BGB AT, § 30 I a, S. 511;

Möhring, 2. Abschn., 1. Kap., S. 210;

Lent, ZP 62 (1941), 129 (132 ff., 188, 191 f., 199);

eine hervorragende, ausführliche Darstellung dieser Variante der Vertretertheorie findet sich bei Jaeger-Lent, Vorbem. zu §§ 6 - 9, die Erörterungen beziehen sich zwar auf den Konkursverwalter, die allgemeinen Ausführungen sind aber auf den Testamentsvollstrecker übertragbar.

persönlich als verantwortliches Zurechnungssubjekt zu gelten habe, aber er bezeichne auch keine andere bestimmte Person, etwa den Vermögensträger, als Zurechnungssubjekt, sondern sein Wille sei nur darauf gerichtet, Rechtswirkungen für und gegen das verwaltete Vermögen zu entfalten¹⁾; eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht entfalle, da der Erblasser sie nicht erteilen könne und der Erbe sie nicht erteilt habe²⁾, eine gesetzliche Vertretungsmacht entfalle, da das Gesetz den Testamentsvollstrecker nicht als gesetzlichen Vertreter bezeichne³⁾; der Erbe sei nicht Verfügungsbefugter (§ 2211 I BGB), eine Vertretung in Rechten aber, die man selbst nicht habe, sei undenkbar⁴⁾; der Erbe bleibe geschäftsfähig, könne sich weiter verpflichten und könne verfügen, für den Nachlaß sei ihm jedoch die Verwaltung, Verpflichtungsmöglichkeit und Verfügung genommen, das BGB kenne zwar Vertreter auch für voll Geschäftsfähige sowohl beim Pfleger wie bei der Schlüsselgewalt, hier bleibe jedoch die Verpflichtungs- und Verfügungsfähigkeit des Vertretenen auch für den Bereich des Vertreters erhalten, während der

1) Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268 (271 f.).

2) Vgl. Auerbach, S. 20; nach heute herrschender Meinung ist eine Bevollmächtigung durch letztwillige Verfügung durchaus möglich (vgl. Haegeler, RdNr. 3 m.w.N.).

3) Vgl.

Auerbach, S. 22;

Koerner, S. 93;

Rosenbaum, S. 18 f.

4) Vgl. Auerbach, S. 22 f.;

so sinngemäß auch v. Spreckelsen, S. 6 und v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 B, S. 926.

Testamentsvollstrecker für seinen Bereich ausschließlich zuständig sei¹⁾; der Begriff der Vertretung passe nicht, da der Vertreter die Interessen des Vertretenen verfolge, der Testamentsvollstrecker handle aber nicht immer im Interesse des Erben²⁾.

Dem letzteren Einwand begegnet die Erbenvertreertheorie mit den Argumenten: der Begriff der Vertretung i.S.v. § 164 BGB sei kein materieller, sondern ein juristisch formaler, der jedes Handeln in fremdem Namen, gleich in welchem Interesse,

1) Vgl. Lange-Kuchinke, § 29 III 2c, S. 397.

2) Vgl.

Dölle, Festschrift Schulz, Bd. 2, S. 268 (273), der den Ausdruck "Vertretung" als Rechtsbegriff, der eine typische Interessenlage gedanklich zusammenfassen solle, da nicht verwenden will, wo der Interessengegensatz zwischen dem Repräsentierten und dem Repräsentierenden für ihre Beziehung geradezu wesentlich sei und wo der Repräsentierende kollidierende Interessen mehrerer zum Ausgleich bringen solle;

v. Spreckelsen, S. 5 f., der zwar die Wahrung der Interessen des Vertretenen durch den Vertreter nicht als begriffsnotwendiges Merkmal der Vertretung ansieht, aber diese Interessenwahrung als Regelfall der Vertretung auffaßt, so daß sich bei Annahme einer Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers ein regelwidriges Bild ergebe.

umfasse¹⁾, nur das Handeln in fremdem Namen, nicht einmal die Vertretungsmacht sei begriffsnotwendig²⁾; man müsse den Begriff der Interessen-"Vertretung" trennen von dem rechtstechnischen Begriff der Vertretung i.S.d. BGB, letztere liege vor bei unmittelbarer Fremdwirkung von Rechtsgeschäften³⁾;

1) Vgl.

Hupka, S. 3, Fußn. 1;
Staudinger-Lehmann, § 1975, Rdnr. 7;
Müller-Freienfels, S. 22 und Fußn. 43: Die Vertretung sei nicht lediglich ein vom positiven Recht gewählter technischer Begriff, sondern ein vorpositivrechtlicher, allgemeingültiger Begriff, so daß man mit Kipp-Coing, Erbrecht, 1953, § 94 VI, den Nachlaßverwalter einerseits als unabhängiges, amtliches Organ, andererseits als gesetzlichen Vertreter ansehen könne.

2) Vgl.

Enneccerus-Nipperdey, § 178 IV, S. 1094;
Jaeger-Lent, Vorbem. zu §§ 6 - 9, Anm. IX, S. 100;
a.A. Müller-Freienfels, S. 17 u. S. 18, Fußn. 19: Zum Tatbestand der Stellvertretung gehöre nicht nur das Handeln in fremdem Namen, sondern auch die Erteilung der Vertretungsmacht; zwar sprächen die §§ 177 ff. BGB von dem "Vertreter ohne Vertretungsmacht", aber dies sei nur eine sprachliche Ungenauigkeit.

3) Vgl. Jaeger-Lent, Vorbem. zu §§ 6 - 9, Anm. XIV 2, S. 109 f.; dort wird in Vorbem. zu §§ 6 - 9, Anm. C, S. 105 - 113 in einer umfangreichen, detaillierten Beweisführung dargelegt, daß es grundsätzlich keine enge Verbindung zwischen Vertretung und ausschließlicher Wahrung des Interesses des Vertretenen gibt; so auch schon Lent, ZJP 62 (1941), 129 (192 ff.).

der Begriff der Stellvertretung erfordere nicht, daß der Vertreter die Interessen des Vertretenen verfolge¹⁾.

Weiterhin wird gegen die Erbenvertretertheorie eingewandt, bei Klagen des Testamentsvollstreckers gegen den Erben und umgekehrt, z.B. wegen der Zugehörigkeit einzelner Gegenstände zum Nachlaß oder wegen schuldrechtlicher Verhältnisse zwischen dem Nachlaß und dem Eigenvermögen des Erben, müsse diese Theorie den Erben gleichzeitig als Kläger und Beklagten ansehen²⁾. Larenz³⁾, v. Tuhr⁴⁾ und v. Spreckelsen⁵⁾ bejahen diese Konsequenz mit der Begründung, daß dies eine Folge der Sonderung der beiden Vermögensmassen des Erben sei; Enneccerus-Nipperdey⁶⁾ nimmt an, daß der Testamentsvollstrecker in diesen Fällen kraft seines Verwaltungsrechts den Rechtsstreit führe und selbst Partei sei.

1) Vgl.

Larenz, BGB AT, § 30 I a, S. 508 f., 511;
v. Tuhr, § 84 I, S. 336;
Lange-Kuchinke, § 29 III 2a, Fußn. 41, S. 396;
v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 B, S. 925.

2) Vgl.

Auerbach, S. 23;
Koerner, S. 95;
Rosenbaum, S. 19;
Lange-Kuchinke, § 29 III 2c, S. 397;
v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 B, S. 926.

3) Larenz, BGB AT, § 30 I a, S. 511.

4) v. Tuhr, § 19 VIII, Fußn. 43, S. 346.

5) v. Spreckelsen, S. 3.

6) Enneccerus-Nipperdey, § 180 I 1e, S. 1106.

Schließlich wird eingewandt, die Erbenvertretertheorie könne nicht die Bestimmung des § 327 ZPO erklären (diese Bestimmung ordnet an, daß die Rechtskraft gewisser Urteile, die zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten ergehen, auch für und gegen den Erben wirkt); falls der Testamentsvollstrecker Vertreter des Erben wäre müßten die Urteile schon gem. § 325 I ZPO gegen Letzteren wirken, die Bestimmung des § 327 ZPO wäre dann überflüssig¹⁾. In der Tat geht die Bestimmung des § 327 ZPO auf die Rechtsauffassung der zweiten Kommission zurück, die den Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter des Erben ansah²⁾. Kisch³⁾ sieht diese Vorschrift als überflüssig an.

1) Vgl.

Auerbach, S. 23;

Koerner, S. 95;

Rosenbaum, S. 19 f.;

Lange-Kuchinke, § 29 III 4 u. Fußn. 62, S. 399;

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 B, S. 927.

2) Vgl. RGZ 56, 327 (330);

Quellenangaben zu der Rechtsauffassung der zweiten Kommission, daß der Testamentsvollstrecker kein Vertreter des Erben sei, bei RGZ 56, 327 (330) u. Planck-Flad, Vorbem. (vor § 2197), Anm. 2.

3) Kisch, Reichsgerichts-Festschrift, Bd. VI, S. 15 (30, Fußn. 25).

Die Rechtsprechung¹⁾ und ein Teil des Schrifttums²⁾ vertreten die Amtstheorie. Nach ihr ist der Testamentsvollstrecker kein Vertreter des Erben, sondern Träger eines privaten Amtes, der kraft eigenen Rechtes, d.h. unabhängig vom Willen des Erben, und im eigenen Namen unter seiner Bezeichnung als Testamentsvollstrecker, aber im Interesse anderer handelt. Als Begründung wird angeführt, das Gesetz spreche vom Amt des Testamentsvollstreckers, er habe nicht nur die Interessen des Erben, sondern auch diejenigen anderer Personen zu beachten, außerdem habe der Gesetzgeber die Amtstheorie durch Einfügen des § 114 III ZPO (Armenrecht der Partei kraft Amtes) anerkannt³⁾.

1) Vgl. RGZ 56, 327 (330); 86, 294 (296) und BGHZ 13, 203 (205); 25, 275 (279); 30, 67 (69); 35, 296 (301); 51, 209 (214).

2) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 B, S. 931;
Lange-Kuchinke, § 29 III 4, S. 399;
Bartholomeyczyk-Schlüter, § 42 I 3, S. 295 f.;
Planck-Flad, Vorbem. (vor § 2197), Anm. 2;
Staudinger-Dittmann, Vorbem. (vor § 2197), Rdnr. 15;
Soergel-Siebert-Müller, Vor § 2197, Rdnr. 14;
BGB-RGRK-Kregel, Vor § 2197, Rdnr. 3;
Palandt-Keidel, Einf. v. § 2197, Anm. 1;
Haegeler, Rdnr. 1;
v. Spreckelsen, S. 96 ff.

3) Vgl. (zusammenfassend) Staudinger-Dittmann, Vorbem. (vor § 2197), Rdnr. 15.

Das Gesetz gebraucht in den §§ 2197 II, 2201, 2202, 2215 I, 2221, 2224 I, 2225, 2226 BGB den Ausdruck "Amt".

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Amtstheorie geht zurück auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1892¹⁾. Es hatte die prozessuale Frage zu entscheiden, ob der Gemeinschuldner in Prozessen, die die Masse betreffen, als Zeuge vernommen werden könne²⁾.

Jaeger-Lent wendet gegen die Amtstheorie ein³⁾: Das Reichsgericht⁴⁾ habe die Kenntnisse des Gemeinschuldners verwerten und ihn als Zeugen vernehmen wollen. Da man aber eine Prozeßpartei unter dem Einfluß der damaligen Lehre nicht als Zeuge habe vernehmen wollen, habe man sich entschlossen, nicht den Gemeinschuldner, sondern den Konkursverwalter als Partei anzusehen und dies sei nun zu begründen gewesen⁵⁾.

- 1) RGZ 29, 29.
- 2) Lange-Kuchinke, § 29 III 1, S. 395, bemerkt treffend, daß in den langandauernden Streit um die Rechtsstellung des Konkursverwalters und des Zwangsverwalters der Nachlaßverwalter und der Testamentsvollstrecker als Streitgenossen einbezogen worden seien, ohne daß ihre Eigenart stärker betont worden sei.
- 3) Jaeger-Lent, Vorbem. zu §§ 6 - 9, S. 88 ff.; die Probleme der Amtstheorie werden bezüglich der Stellung des Konkursverwalters erörtert, die Ausführungen sind in ihrer Allgemeinheit aber auch auf den Testamentsvollstrecker übertragbar.
- 4) In der Entscheidung RGZ 29, 29.
- 5) Jaeger-Lent, Vorbem. zu §§ 6 - 9, IV, S. 88; vgl. auch Lent, ZZP 62 (1941), 129 (130, 132).

Ursprünglich habe die Amtstheorie ganz Überwiegend zur Begründung der Parteistellung des Verwalters im Prozeß gedient, erst später habe das Reichsgericht die prozessualen Grundsätze des Handelns im eigenen Namen auf das noch größere und wichtigere Gebiet der materiellen Rechtsgeschäfte übertragen¹⁾; die Stellung des Verwalters müsse aber von seinem materiell-rechtlichen Handeln aus bestimmt werden²⁾. Die Amtstheorie müsse behaupten, daß er Geschäfte, die er als Verwalter abschließe, im eigenen Namen vornehme³⁾. Der Verwalter habe aber den Willen zur Fremdwirkung und gebe dies auch zu erkennen, somit entspreche das Handeln des Verwalters genau dem des Vertreters⁴⁾. Das Handeln als Verwalter unterscheide sich auch von seinem Handeln für sich privat, nur im letzteren Falle handle er ohne Hinweis auf seine Verwaltereigenschaft, nur dies sei im normalen Sinne ein Handeln im eigenen Namen⁵⁾.

-
- 1) Jaeger-Lent, Vorbem. zu §§ 6 - 9, IV, S. 89.
Vgl. auch Lent, ZZP 62 (1941), 129 (130):
"...der Rolle als Partei entsprach bei Rechtsgeschäften das Handeln im eigenen Namen."
und Lent, ZZP 62 (1941), 129 (177): "... und nur als Konsequenz der für den Prozeß angenommenen Auffassung entschloß sich das Reichsgericht auch für das Gebiet der Willenserklärungen die Vertreterstellung der Verwalter abzulehnen und die Auffassung zu vertreten, daß die Verwalter auch bei Rechtsgeschäften im eigenen Namen handeln."
- 2) Jaeger-Lent, Vorbem. zu §§ 6 - 9, VIII, S. 98 a.E.;
vgl. auch Lent, ZZP 62 (1941), 129 (177).
- 3) Jaeger-Lent, Vorbem. zu §§ 6 - 9, IX, S. 99.
- 4) Jaeger-Lent, Vorbem. zu §§ 6 - 9, IX, S. 100;
vgl. auch Lent, ZZP 62 (1941), 129 (185 ff.).
- 5) Jaeger-Lent, Vorbem. zu §§ 6 - 9, IX, S. 100.

Auch Dölle wendet ein, daß man das Handeln des Verwalters nicht als Handeln im eigenen Namen bezeichnen könne, wenn der Begriff seinen eigentlichen Sinn behalten solle; denn wenn ein Verwalter bei einem Rechtsgeschäft seine Verwaltungsfunktion erkennen lasse, tue er kund, er wolle nicht für sich persönlich handeln¹⁾.

In der Tat wollen wohl die Vertreter der Amtstheorie mit dem Ausdruck "Handeln im eigenen Namen" nur ausdrücken, daß der Verwalter kein Vertreter sei²⁾.

Über die Ergebnisse sind sich die Amts- und Vertretertheorie weitgehend einig³⁾, der Meinungsstreit ist daher praktisch unbedeutend geworden; wie Lange-Kuchinke⁴⁾ treffend bemerkt, tritt die Streitfrage vor allem als Streit um die Klag- und Urteilsformel in Erscheinung. Zumindest führt die Amtstheorie nicht zu Ergebnissen, die sich nicht auch aus der Vertretertheorie ableiten ließen⁵⁾, auf dem Gebiete des materiellen Rechtes wendet die Amtstheorie weitgehend das Recht der Vertretung entsprechend an⁶⁾.

1) Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268 (273).

2) So versteht auch Bötticher, ZJP 77 (1964), 55 (61) das "Handeln im eigenen Namen".

3) Vgl.

Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268 (287 f.);
Lent, ZJP 62 (1941), 129 (132 ff.).

4) Lange-Kuchinke, § 29 III 1, S. 395.

5) So Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 I 3c,
S. 296 m.w.N.

6) Vgl.

v. Tuhr, § 86 I, S. 422;

Lange-Kuchinke, § 29 III 2f u. Fußn. 59, S. 398
mit guter Übersicht über die verschiedenen
entsprechend angewandten Normen.

Verschiedentlich wird der Testamentsvollstrecker als Treuhänder oder Amtstreuhänder bezeichnet¹⁾.

1) Vgl.

Schultze, JherJb. 43 (1901), 1 (64 ff., 81, 88 ff.) ("Treuhänder");

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 B, S. 928 ("Amtstreuhänder");

Kipp-Coing, § 66 III, S. 381 ("Treuhänder");

Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 I 3b, S. 295 ("Träger eines privaten Amtes", "Amtstreuhänder");

BGB-RGRK-Steffen, Vor § 164, Rdnr. 11 ("Treuhänder und Inhaber eines privaten Amtes");

BGB-RGRK-Kregel, Vor § 2197, Rdnr. 3 ("Träger eines privaten Amtes, und zwar der geschichtlichen Herkunft und seinen Aufgaben nach ein nichtöffentlicher Treuhänder");

v. Spreckelsen, S. 37 ("Inhaber eines absoluten Herrschaftsrechtes zu treuen Händen");

BGH, DB 1964, 1371 ("... zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben ein privatrechtliches gesetzliches Schuldverhältnis besteht, das dem Testamentsvollstrecker die Stellung eines Treuhänders verschafft...");

BGHZ 25, 275 (279) ("Treuhänder", "Inhaber eines privaten Amtes");

dagegen Lange-Kuchinke, § 29 III 3, S. 398 f.

Da dem Testamentsvollstrecker der Nachlaß nicht zu Eigentum übertragen wird, liegt keine echte Treuhand-
schaft vor; denn die echte Treuhandschaft erfordert
eine vertragliche Bindung des Treuhänders zum
Treugeber und eine Übereignung des Treugutes vom
Treugeber auf den Treuhänder¹⁾. Im weiteren Sinne
ist aber auch derjenige Treuhänder, dem rechtliche
Befugnisse übertragen sind, um sie in fremdem
Interesse auszuüben²⁾. Der Testamentsvollstrecker
hat die Rechtsmacht, über die Nachlaßgegenstände zu
verfügen und den Erben zu verpflichten (vgl.
§§ 2205, 2206 I BGB); er soll dieses Verwaltungs-
und Verfügungsrecht nicht im eigenen, sondern im
Interesse der vom Erblasser begünstigten Personen
ausüben³⁾; er kann also als Treuhänder im weiteren
Sinne angesehen werden.

Dölle⁴⁾ meint, daß das Handeln im eigenen Namen und
das Handeln im fremdem Namen keine eine dritte Art
des Handelns ausschließende Alternative sei.
Wer in fremdem Namen handle, wolle den Vertretenen
zum verantwortlichen Zurechnungssubjekt machen, wer
im eigenen Namen handle, sei selbst verantwortliches
Zurechnungssubjekt⁵⁾.

Der Verwalter eines Sondervermögens, mit welchem
spezifische Zwecke erreicht werden sollten, die mit
den natürlichen Interessen des Inhabers in Wider-
spruch stünden, handle einerseits nicht im

1) Vgl. Soergel-Siebert-Müller, Vor § 2197, Rdnr. 11.

2) Vgl. Staudinger-Coing, Vorbem. (vor § 164),
Rdnr. 58.

3) Vgl. Kipp-Coing, § 66 III, S. 380.

4) Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268.

5) Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268 (270).

eigenen Namen, denn er bezeichne sich bei Rechtsgeschäften als Verwalter und mache dadurch erkenntlich, daß er nicht sich als verantwortliches Zurechnungssubjekt angesehen wissen wolle; andererseits handle er auch nicht im fremdem Namen, denn er mache zwar deutlich, daß er nicht selbst als verantwortliches Zurechnungssubjekt gelten wolle, aber er bezeichne auch keine andere bestimmte Person, auch nicht den Vermögensinhaber, als Zurechnungssubjekt, er lasse dahingestellt, ob eine bestimmte Person Beziehungssubjekt seines Handelns sei, er wolle nur Rechtswirkungen für und gegen das verwaltete Vermögen entfalten, in einem formalen Sinne lasse sich von einer Vertretung des Vermögensinhabers durch den Verwalter sprechen, wolle man jedoch mit Rechtsbegriffen operieren, die typische Interessenlagen gedanklich zusammenfaßten, so dürfe man nicht von Vertretung sprechen, wo der Interessengegensatz zwischen Repräsentiertem und Repräsentierendem gerade wesentlich für ihre Beziehung sei¹⁾.

1) Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268 (271 ff.); zustimmend Staudinger-Coing, Vorbem. (vor § 164), Rdnr. 57; auch Lange-Kuchinke, § 29 III 2b, S. 396, meint, es widerstrebe dem Gedanken der Vertretung, daß der Vertreter ein fremdes Interesse auf Kosten des Vertretenen verwirkliche.

Dieses Phänomen erfordere einen dritten Begriff des Handelns, Dölle nennt ihn "Neutrales Handeln"¹⁾. Mit diesem Terminus solle ausgedrückt werden, daß objektbezogenes Handeln im Gegensatz zum subjektbezogenen Handeln vorliege und daß der Handelnde nicht als Repräsentant des Interesses eines bestimmten Subjekts tätig werde, sondern um kollidierende Interessen auszugleichen²⁾. "Neutrales Handeln" soll nur vorliegen, wenn der Verwalter seine Stellung als Verwalter erkennen läßt³⁾, Dölle will diesen Begriff also als Gegensatzbegriff zum "Eigenhandeln" des Verwalters verstanden wissen. Er bezeichnet die Verwalter als "Treuhänder" und "Träger eines Amtes", die "neutral" handelten⁴⁾. Dölle selbst bezeichnet seine Überlegungen als theoretisch, aber eine Besinnung über Begriffe, mit denen man die Erscheinungen des Rechtslebens klar zu erfassen vermöge, sei von Wert⁵⁾.

1) Vgl. auch Lent, ZZP 62 (1941), 129 (176), der, für den Fall, daß man das Verwalterhandeln als Handeln im eigenen Namen auffaßt, annimmt, daß es dann drei Arten von Handeln gebe: Handeln im eigenen Namen, im fremdem Namen und als Verwalter; dagegen Bötticher, ZZP 77 (1964), 55 (59), der den Gegensatz von Handeln im fremdem Namen und Handeln im eigenen Namen als erschöpfend ansieht; vgl. auch Soergel-Siebert-Müller, Vor § 2197, Rdnr. 12, der sich Bötticher anschließt.

2) Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268 (273).

3) Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268 (278 a.E.).

4) Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268 (281, 284); Lange-Kuchinke, § 29 III 1, Fußn. 37, S. 395 bezeichnet Dölles Lehre vom neutralen Handeln als eine ihrer polemischen Haltung entkleidete, dogmatisch entschärfte Amtstheorie.

5) Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268 (288).

Hellwig¹⁾ vertrat die Meinung, daß der unter selbständiger Verwaltung stehende Nachlaß, ebenso wie einige andere selbständige Vermögensmassen, die Stellung einer juristischen Person und der Testamentsvollstrecker die Stellung seines gesetzlichen Vertreters habe; wobei Hellwig klarstellte, daß diese Vermögensmassen nicht direkt juristische Personen seien, sondern selbständige Sondervermögen, deren Verwaltung dem Rechtssubjekt, hier dem Erben, entzogen sei.

Graßhoffs Ansicht²⁾ zeigte in dieselbe Richtung; er sah den Nachlaß, wie auch andere verselbständigte Vermögensmassen, neben den natürlichen und juristischen Personen als dritte Form der Rechtsperson und den Testamentsvollstrecker als deren Repräsentanten an.

Böttcher³⁾ bezeichnet Hellwigs Auffassung als Organtheorie und folgt ihr, indem er die verwaltete Masse zwar nicht als rechtsfähig im förmlichen Sinne ansieht, aber als Rechtsträgerin oder fiktive Rechtspersönlichkeit, deren Organ der Verwalter sei. Zu beachten ist aber, daß Böttcher diese Theorie wörtlich nur auf die Stellung des Konkursverwalters bezieht; den Testamentsvollstrecker wie auch die übrigen von der Amtstheorie als Parteien kraft Amtes bezeichneten Personen (Nachlaßverwalter, Zwangsverwalter, Pfleger eines Sammelvermögens) bezieht Böttcher nicht ausdrücklich in seine Ausführungen ein.

Als wesentliche materiellrechtliche Folge dieser

1) Hellwig, § 69 I, II, III 1, S. 152 ff. (157 f.).

2) Graßhoff, Festschrift Heinitz, S. 124 (124 ff.).

3) Böttcher, ZP 77 (1964), 55 (56, 57, 62, 63, 67).

Auffassungen erscheint die Anwendbarkeit von
§ 31 BGB auf außervertragliche Rechtsverletzungen
des Verwalters¹⁾.

1) Vgl.

Hellwig, § 69 II 2a, S. 156;

Graßhoff, Festschrift Heinitz, S. 124 (143);

Böttcher, ZZP 77 (1964), 55 (57, 71 ff.).

2. Teil: Das Offenheitsprinzip bei den
Verpflichtungsgeschäften des
Testamentsvollstreckers

A. Die Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers
als Nachlaßverbindlichkeiten des Erben.
Ausgangsfrage: Wie muß der Testamentsvollstrecker
auftreten, um Nachlaßverbindlichkeiten zu
begründen?

Der Testamentsvollstrecker ist gem. § 2206 I 1 BGB
berechtigt, "Verbindlichkeiten für den Nachlaß
einzugehen". Anstelle dieser gesetzgeberischen
Formulierung werden auch andere Ausdrücke gebraucht,
z.B.: "Verpflichtung für den Nachlaß übernehmen"¹⁾,
"den Nachlaß verpflichten"²⁾, "Verbindlichkeiten
mit Wirkung für den Nachlaß eingehen"³⁾.

Was bedeutet diese Bestimmung des § 2206 I 1 BGB?

1) Vgl. Lange-Kuchinke, § 29 V 3, S. 406.

2) Vgl.

Lange-Kuchinke, § 29 VI 3, S. 420;

Brox, Rdnr. 391.

3) Vgl. Brox, Rdnr. 390.

Der Nachlaß oder der Teil des Nachlasses, der der Testamentsvollstreckung unterliegen soll, ist ein Sondervermögen¹⁾. Träger dieses Sondervermögens ist der Erbe. Aber er hat, bereits mit dem Erbfall, insoweit die Verwaltungsbefugnis verloren²⁾. Die Verfügungsmacht ist dem Erben gem. § 2211 I BGB entzogen. Er kann sich zwar zur Verfügung über Nachlaßgegenstände, die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen, verpflichten, aber diese Verbindlichkeiten sind, wegen der fehlenden Verwaltungsbefugnis des Erben, keine Nachlaßverbindlichkeiten, so daß der Gläubiger gem. § 2214 BGB seinen Anspruch nicht gegen den Nachlaß geltend machen kann³⁾.

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 B, S. 929;
Lange-Kuchinke, § 29 II 1a, S. 393;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 I 3b, S. 296;
§ 42 X 3, S. 309;
Soergel-Siebert-Müller, Vor § 2197, Rdnr. 17;
BGB-RGRK-Kregel, § 2211, Rdnr. 1;
v. Tuhr, § 19 I, S. 331;
Larenz, BGB AT, § 17 III a2, S. 269;
Lent, Z郑 62 (1941), 129 (129);
Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268 (271);
BGHZ 48, 214 (219).

2) Vgl.

Lange-Kuchinke, § 29 V 4, S. 408 m.w.N.;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 II 1, S. 297.

3) Vgl.

Brox, Rdnr. 398;
Soergel-Siebert-Müller, § 2214, Rdnr. 2;
Staudinger-Dittmann, § 2211, Rdnr. 15;
Palandt-Keidel, § 2214, Anm. 1;
BGHZ 25, 275 (287).

Die vom Testamentsvollstrecker für den Nachlaß eingegangenen Verbindlichkeiten sind dagegen für den Erben Nachlaßverbindlichkeiten gem. § 1967 II BGB¹⁾; der Erbe kann nach allgemeinen Grundsätzen die Haftung auf den Nachlaß beschränken²⁾.

Das Gesetz sagt aber nicht, wie der Testamentsvollstrecker rechtsgeschäftlich auftreten muß, um eine Nachlaßverbindlichkeit zu begründen; dieses Problem ist Gegenstand der Ausgangsfrage.

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 950 f.;
10. Kap., § 2 A III b, S. 1097;
Kipp-Coing, § 93 II 3, S. 540;
Lange-Kuchinke, § 49 IV 2b, S. 833;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 VI 1, S. 304;
Brox, Rdnr. 627;
Planck-Flad, § 1967, Anm. 2b;
Staudinger-Lehmann, § 1967, Rdnr. 12;
Soergel-Siebert-Schippel, § 1967, Rdnr. 5;
Palandt-Keidel, § 1967, Anm. 3;
a.A.Hamburger, S. 146 f.: Nach § 2206 I BGB könne der Testamentsvollstrecker den Erben nicht persönlich verpflichten, der Testamentsvollstrecker schulde selbst, es hafte aber der Nachlaß; erst mit der Einwilligung des Erben gem. § 2206 II BGB entstehe eine Nachlaßverbindlichkeit.

2) Vgl. statt aller Lange-Kuchinke, § 29 VI 3c, S. 422 m.w.N.; vgl. auch den Wortlaut des § 2206 II BGB a.E.

I. Die herrschende Meinung: Der Testamentsvollstrecker muß sich erkennbar auf den Nachlaß beziehen

Nach herrschender Meinung¹⁾ wird der Nachlaß durch ein Rechtsgeschäft des Testamentsvollstreckers nur dann verpflichtet, wenn dieser als solcher auftritt, wenn er sich erkennbar auf den Nachlaß bezieht, andernfalls führe der Testamentsvollstrecker ein Eigengeschäft und werde als Privatperson verpflichtet.

Üblicherweise wird der Testamentsvollstrecker auch als solcher auftreten. Es mag nun aber vorkommen, daß er bei einem Geschäft in Verwaltung des Nachlasses, gemessen an der Verständnismöglichkeit des Dritten, sich nicht erkennbar auf den Nachlaß bezieht, also ein Eigengeschäft führt, sei es, obwohl er sich der Fremdheit des Geschäftes bewußt ist, sei es, daß er vergißt, auf den Nachlaß Bezug zu nehmen. Kann in diesen Fällen auf das Erfordernis der Erkennbarkeit des Handelns als Verwalterhandeln verzichtet werden?

In der Regel wird es zwar zu keinem Streit kommen, weil der Testamentsvollstrecker auch bei eigengeschäftlichen Verpflichtungen, die sich als Verwaltung des Nachlasses darstellen, zur Erfüllung Nachlaßgegenstände verwenden wird. Aber zum einen ist diese praktische Seite hier insofern unerheblich, als die Anspruchskonstellation theoretisch untersucht werden soll. Zum andern erscheint es auch

1) Vgl.

Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 I 3b, S. 296;

Brox, RdNr. 391;

Larenz, BGB AT, § 30 I a, S. 511;

Lent, ZJP 62 (1941), 129 (183 - 185, 192 Fußn. 57);

Hupka, S. 4, Fußn. 1.

durchaus als praktisch möglich, daß der Testamentsvollstrecker nach Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes bemerkt, die Maßnahme diene nicht der ordnungsmäßigen Verwaltung, und er sich hüten wird, mit Nachlaßgegenständen den Gläubiger zu befriedigen, um der Gefahr zu entgehen, gem. § 2227 I BGB wegen grober Pflichtverletzung entlassen zu werden.

II. Die abweichenden Meinungen Dölles und Bettermanns

Dölle¹⁾ hält es für möglich, daß auch der Verwalter, der nicht als solcher auftrete, das verwaltete Vermögen verpflichten könne; allerdings nicht anstatt seiner selbst, sondern nur zusätzlich neben seiner selbst, denn man könne einem rechtsgeschäftlichen Gläubiger keine andere Person als Schuldner aufdrängen als diejenige, welcher er Kredit geben wolle. Dafür spreche die Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtungsermächtigung in Analogie zu der rechtsgeschäftlichen Verfügungsermächtigung des § 185 BGB in dem Sinne, daß der in eigenem Namen sich Verpflichtende nicht nur sich selbst, sondern daneben auch den Ermächtigenden verpflichte; an diese rechtsgeschäftliche Verpflichtungsermächtigung anschließend sei die Auffassung der dem Vermögensverwalter verliehenen Rechtsmacht als einer gesetzlichen Verpflichtungsmacht nicht inkonsequent. Dölle befürwortet eine Verpflichtung des verwalteten Vermögens zumindest dann, wenn der Verwalter in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses handle; Dölle lehnt sich insoweit an die Entscheidung des Reichsgerichts

1) Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268 (277 ff.).

Band 90, Seite 91¹⁾ an. Im Übrigen kann er, wie er selbst sagt, die Voraussetzungen, unter denen das verwaltete Vermögen verpflichtet werden soll, nicht näher erörtern. Er betont aber seine Tendenz, das verwaltete Vermögen dort als verpflichtet anzusehen, wo es billig erscheine, den Gläubiger in das Vermögen zugreifen zu lassen, weil dem Vermögen die auf Grund des schuldrechtlichen Geschäftes mit dem Vermögensverwalter erbrachte Leistung zugute gekommen sei. Dölle verweist auch auf das englische Recht, wo es die Regel sei, daß neben dem indirekten Vertreter auch der Vertretene haftbar gemacht werden könne.

Auch Bettermann²⁾ vertritt die Ansicht, daß der Testamentsvollstrecker eine gesetzliche Verpflichtungsermächtigung innehatte, so daß er im eigenen Namen das verwaltete Vermögen verpflichten könne.

1) Das Reichsgericht legt in dieser Entscheidung grundsätzlich dar, daß die Verbindlichkeiten, die Erbe und Vorerbe in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingingen, zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehörten, ohne daß es darauf ankomme, ob die Verbindlichkeiten ausdrücklich für den Nachlaß übernommen seien oder die Beziehung zum Nachlaß dem Gegner erkennbar gemacht sei. Diese Entscheidung wird weiter unten noch ausführlich besprochen.

2) Bettermann, JZ 1951, 321 (324).

III. Der objektive Bezug zum Nachlaß als mögliche Alternative zur herrschenden Meinung

Dölle und Bettermann bejahen zwar die Möglichkeit, den Nachlaß ohne erkennbar darauf bezogenes Handeln zu verpflichten, aber sie sagen nicht näher, unter welchen Voraussetzungen im einzelnen der Nachlaß verpflichtet sein soll.

Wenn auf die Erkennbarkeit des nachlaßbezogenen Handelns verzichtet werden soll, dann kommt stattdessen ein "objektiver Bezug zum Nachlaß" in Betracht. Der Ausdruck "objektiver Bezug zum Nachlaß" soll nicht etwa bedeuten, daß der Dritte den Bezug zum Nachlaß erkennt; denn dann handelt der Testamentsvollstrecker in der Regel bereits, ausdrücklich oder konkludent, mit Bezug auf den Nachlaß. Unter "objektivem Bezug zum Nachlaß" soll gerade das Gegenteil des erkennbaren Bezuges auf den Nachlaß verstanden werden, mit jenem Ausdruck sollen diejenigen Verpflichtungsgeschäfte erfaßt werden, die sich "objektiv", d.h. materiell, als Verwaltung des Nachlasses darstellen. Der Verfasser will nicht etwa zur Begriffsverwirrung beitragen, wenn er den Ausdruck "objektiver Bezug" möglicherweise anders auffaßt als Lange-Kuchinke¹⁾, aber der Ausdruck erschien ihm sachgerecht, knapp

1) Daß Lange-Kuchinke, § 49 IV 2b, S. 833, den Ausdruck "objektive Bezogenheit" möglicherweise anders auffaßt als der Verfasser, ergibt sich durch einen Vergleich mit den Ausführungen bei § 29 VI 3c, S. 422.

und einprägsam; außerdem interpretiert eine verbreitete Meinung¹⁾ den in der Surrogationsbestimmung des § 2041, 1 BGB enthaltenen ähnlichen Ausdruck "... Rechtsgeschäft ...", das sich auf den Nachlaß bezieht, ..." für einen Teilbereich des Begriffes in einem Sinne, wie der Verfasser den Ausdruck "objektiver Bezug zum Nachlaß" hier verstanden wissen will, wobei diese Meinung zur näheren Bezeichnung des Begriffes den Ausdruck "objektiv" verwendet.

Wie wäre ein solcher objektiver Bezug zum Nachlaß beispielsweise denkbar²⁾?

Einen objektiven Bezug zum Nachlaß könnte man bereits dann annehmen, wenn der Testamentsvollstrecker nur den inneren Willen hat, den Nachlaß zu verpflichten, z.B. weil er aus Versehen nicht erkennbar für den Nachlaß handelt³⁾.

1) Vgl.

Lange-Kuchinke, § 43 IV, S. 722;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 36 I 6, S. 243;
Brox, Rdnr. 581;
BGH, NJW 1968, 1824.

2) Vgl. auch die Grundsätze zur Abgrenzung des objektiv fremden Geschäftes bei der Geschäftsführung ohne Auftrag.

3) Vgl. als Parallele die Auslegung der Surrogationsvorschrift des § 2041, 1, 3. Alt. BGB durch:
Kipp-Coing, § 114 III, S. 629;
Brox, Rdnr. 581;
nach diesen Autoren soll allein der Wille des Miterben genügen, um einen Surrogationserwerb für den Nachlaß zu bewirken.

Zur Erläuterung eines darüberhinausgehenden objektiven Bezuges zum Nachlaß sollen die Verpflichtungsgeschäfte des näheren aufgegliedert werden.

a) Der Testamentsvollstrecker verpflichtet sich, über einen bestimmten Gegenstand zu verfügen oder den Gebrauch des Gegenstandes zu überlassen (Stückschulden).

Hier dürfte ein objektiver Bezug zum Nachlaß vorliegen, wenn der Gegenstand materiell-rechtlich zum Nachlaß gehört.

b) Der Testamentsvollstrecker verpflichtet sich, über einen unbestimmten, aber bestimmbaren Gegenstand zu verfügen oder den Gebrauch eines solchen Gegenstandes zu überlassen (Gattungsschulden).

Hier könnte man z.B. einen objektiven Bezug zum Nachlaß annehmen, wenn der Gegenstand, mit dem der Testamentsvollstrecker die Verpflichtung zu erfüllen beabsichtigt, materiell-rechtlich zum Nachlaß gehört. Vor dem Zeitpunkt, in dem der Testamentsvollstrecker diese Absicht faßt, oder mangels Anhaltspunkten für diesen Willen könnte auch ein sonstiger innerer wirtschaftlicher Zusammenhang mit dem Nachlaßvermögen genügen.

c) Der Testamentsvollstrecker verpflichtet sich, eine Geldleistung zu erbringen.

aa) Die Geldleistung steht im Zusammenhang mit einer Gegenleistung.

Ein objektiver Bezug zum Nachlaß könnte insbesondere bestehen, wenn die Gegenleistung nach dem Willen des Testamentsvollstreckers dem Nachlaß zugute kommen soll, ihm dienen soll oder falls die Geldleistung aus Nachlaßmitteln entnommen werden soll.

bb) Die Geldleistung erfolgt unentgeltlich.
Ein objektiver Bezug zum Nachlaß könnte insbesondere bestehen, falls die Geldleistung aus Nachlaßmitteln entnommen werden soll.

d) Der Testamentsvollstrecker verpflichtet sich, eine Handlung vorzunehmen, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden.

Zur Feststellung eines objektiven Bezuges zum Nachlaß müßten jeweils die besonderen Umstände des Einzelfalles auf einen wirtschaftlichen Zusammenhang zum Nachlaß hin untersucht werden.

Welcher Gedanke könnte überhaupt dafür sprechen, einen objektiven Bezug zum Nachlaß genügen zu lassen, um eine Nachlaßverbindlichkeit anzunehmen?

Der Gedanke des Verkehrsschutzes könnte ganz allgemein dafür sprechen. Der Gläubiger hat ein natürliches Interesse daran, denjenigen zum Schuldner zu haben, der leistungsfähig ist. Wenn nun der Gläubiger bei eigengeschäftlichen Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers zusätzlich einen Anspruch gegen den Nachlaß erwirbt, so gewinnt er nicht nur einen Schuldner hinzu, sondern das Bestehen seines Anspruchs kann überhaupt davon abhängen, nämlich dann, wenn dem Testamentsvollstrecker privat die Erfüllung der Verpflichtung unmöglich ist.

B. Ergibt ein Typenvergleich mit den
Verpflichtungsgeschäften des vorläufigen und
endgültigen Erben und des Vorerben in
ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses, daß
die eigengeschäftlichen Verpflichtungen des
Testamentsvollstreckers mit objektivem Bezug
zum Nachlaß als Nachlaßverbindlichkeiten
anzusehen sind?

Das Reichsgericht behandelt in dem Urteil RGZ 90, 91 die Frage, wann eine Verbindlichkeit, die Erbe oder Vorerbe in Verwaltung des Nachlasses begründe, gem. § 1967 II BGB zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehöre.

Es führt aus: Maßgebend für die Annahme einer Nachlaßverbindlichkeit sei der Umstand, ob die Verbindlichkeit vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen sei, ohne daß es entscheidend darauf ankomme, ob die Verbindlichkeit ausdrücklich für den Nachlaß übernommen sei oder die Beziehung zum Nachlaß dem Geschäftsgegner erkennbar gemacht sei, es sei nicht auf den Willen des Erben, sondern auf die objektive Sachlage Rücksicht zu nehmen¹⁾. Das Reichsgericht begründet dies mit den in den §§ 1978, 1979 BGB getroffenen Bestimmungen²⁾.

Gem. § 1978 I 1 BGB ist der Erbe, nach Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses, den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses von der Annahme der Erbschaft an wie ein Beauftragter verantwortlich.

1) RGZ 90, 91 (95).

2) RGZ 90, 91 (94, 95).

Er ist z.B. den Nachlaßgläubigern ersatzpflichtig, wenn er eine Nachlaßverbindlichkeit aus Nachlaßmitteln berichtigt hat und dadurch den Nachlaß, als das Zugriffsobjekt der Nachlaßgläubiger, gemindert hat¹⁾; gem. § 1979 BGB müssen die Nachlaßgläubiger jedoch die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen, wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreichen würde. Gem. § 1978 III BGB sind dem Erben aus dem Nachlaß die Aufwendungen zu ersetzen, soweit er nach den Vorschriften über den Auftrag Ersatz verlangen könnte; gem. § 670 BGB kann der Beauftragte die Aufwendungen ersetzt verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte; gem. § 257, 1 BGB kann der Erbe als Aufwendungsersatzberechtigter auch die Befreiung von einer Verbindlichkeit verlangen, die er in Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist. An diese Tatsache nun, daß der Erbe im Verfahren der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses die Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen kann, knüpft das Reichsgericht, wie es sagt, es als folgerichtig und im Sinne der gesetzlichen Vorschriften an, daß der Gläubiger des Erben direkt vom Nachlaßverwalter oder Nachlaßkonkursverwalter Berichtigung der Verbindlichkeit verlangen könne und diese Verbindlichkeit somit eine Nachlaßverbindlichkeit sei²⁾. Als zusätzliche Begründung für dieses Ergebnis führt das Reichsgericht an, daß, wenn diese Verbindlichkeiten nicht als Nachlaßverbindlichkeiten, sondern nur als Privatschulden

1) Vgl. Brox, Rdnr. 652.

2) RGZ 90, 91 (95).

des Erben anzusehen wären, er, wie aus § 1979 BGB hervorgehe, keinen Ersatzanspruch hätte und im Gegenteil das zur Tilgung dieser Verbindlichkeiten aus Nachlaßmitteln Entnommene dem Nachlaß erstatten müßte¹⁾).

Weiterhin führt das Reichsgericht aus²⁾: Wesentlich im gleichen Sinne sei der Begriff der Nachlaßverbindlichkeit in den Vorschriften über die Nacherbfolge zu verstehen. In den §§ 2120, 2130 BGB werde ausdrücklich auf die ordnungsmäßige Verwaltung hingewiesen. Wenn der Vorerbe in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eine Verbindlichkeit eingehe, so sei dies auch für den Nacherben eine Nachlaßverbindlichkeit; denn der Nacherbe könne, wenn der Vorerbe diese Verbindlichkeit bereits vor Eintritt der Nacherbfolge aus Nachlaßmitteln berichtigt habe, vom Vorerben keinen Ersatz verlangen³⁾.

Der Bundesgerichtshof hat sich dem Urteil des Reichsgerichts angeschlossen⁴⁾, wobei er im wesentlichen nicht eigenständig begründet, wieso diese vom Erben begründeten Verbindlichkeiten unter § 1967 II BGB fallen, sondern sich darauf beschränkt, darzulegen, was nicht dagegen spricht, diese Verbindlichkeiten bei § 1967 II BGB einzureihen. Er erwähnt auch noch die vom vorläufigen Erben in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses begründeten Verbindlichkeiten als Nachlaßverbindlichkeiten i.S.v. § 1967 II BGB⁵⁾.

1) RGZ 90, 91 (94).

2) RGZ 90, 91 (95 f.).

3) Vgl. § 2124 II 1 BGB.

4) BGHZ 32, 60 (64 ff.).

5) Vgl. § 1959 I BGB.

Auch die herrschende Lehre ist, ebenfalls im wesentlichen ohne eigene Begründung, dem Reichsgericht gefolgt¹⁾, auch sie nennt die vom vorläufigen Erben (der später die Erbschaft ausschlägt) in ordnungsmäßiger Verwaltung begründeten Nachlaßverbindlichkeiten.

Es ist im Wege des Typenvergleichs zu prüfen, ob die eigengeschäftlichen Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers mit objektivem Bezug zum Nachlaß deshalb als Nachlaßverbindlichkeiten i.S.v. § 1967 II BGB anzusehen sind, weil sie den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen der Verpflichtungsgeschäfte des vorläufigen und endgültigen Erben und des Vorerben in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses als Fällen, die zweifelsfrei unter § 1967 II BGB fallen, gleichzubewerten sind²⁾. Beim Typenvergleich handelt es sich um keine Lückenergänzung, sondern um

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 10. Kap., § 2 A III b, S. 1097;
Lange-Kuchinke, § 49 IV 2b, S. 833;
Kipp-Coing, § 93 II 3, S. 540;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 50 IV, S. 372;
Brox, Rdnr. 627;
Planck-Flad, § 1967, Anm. 6;
Staudinger-Lehmann, § 1967, Rdnr. 13 ff.;
Soergel-Siebert-Schippel, § 1967, Rdnr. 6;
BGB-RGRK-Johannsen, § 1967, Rdnr. 12 f.;
Palandt-Keidel, § 1967, Anm. 4.

2) Vgl.

Zippelius, Festschrift Engisch, S. 224 (233 ff.);
Zippelius, Einführung, III 12, S. 73 ff.

Auslegung der Gesetzesworte¹⁾. Der hier problematische Fall wird verglichen mit einem Fall, der zweifelsfrei als Nachlaßverbindlichkeit i.S.v. § 1967 II BGB anzusehen ist (Ausgangstypus oder Vergleichsbasis) und es ist zu prüfen, ob die graduellen oder qualitativen Abweichungen erheblich oder unerheblich dafür sind, um unseren problematischen Fall nicht als Nachlaßverbindlichkeit i.S.v. § 1967 II BGB anzusehen. Vergleichsbasis sollen die Verbindlichkeiten des vorläufigen und endgültigen Erben und des Vorerben in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses sein.

Könnte man gegen einen solchen Typenvergleich als Auslegung der Gesetzesworte einwenden, daß unser problematischer Fall nicht mehr innerhalb des möglichen Bedeutungsspielraums der Gesetzesworte liege?

Für diesen Einwand ließe sich wie folgt argumentieren: Die Bestimmung des § 1967 II BGB zählt zu den Nachlaßverbindlichkeiten "... außer den vom Erblasser herrührenden Schulden die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, ...".

1) Entgegen Zippelius will Leenen, aufbauend auf andere (vgl. S. 27 a.E.), Typus einerseits und Begriff andererseits voneinander abgrenzen und unterscheiden (vgl. insbesondere S. 25 ff.); dabei sieht er keinen methodischen Unterschied, ob die typologische Rechtsfindung innerhalb des möglichen Wortsinnes bleibt oder ihn verläßt, da Leenen die Grenze des möglichen Wortsinnes nicht als sinnvolles Kriterium des typologischen Denkens ansieht (vgl. S. 173).

Zwar werden auch die vom Testamentsvollstrecker für den Nachlaß eingegangenen Verbindlichkeiten bei den "den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten" eingeordnet (sogenannte "Erbfallschulden")¹⁾. Jedoch bei den Verpflichtungen des Erben in Verwaltung des Nachlasses steht von vornherein fest, daß sie den Erben als solchen treffen, denn der Erbe ist Vertragspartner; der Erbe schuldet persönlich mit dem Eigenvermögen und es ist dann nur noch problematisch, ob die Verbindlichkeiten auch den Charakter von Nachlaßverbindlichkeiten haben (sogenannte "Nachlaßerbenschulden"). Anders ist es bei den eigengeschäftlichen Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers; hier schuldet nicht der Erbe von vornherein persönlich mit dem Eigenvermögen als Vertragspartner, sondern der Testamentsvollstrecker privat und es muß sodann erst über das Problem der Zurechnung entschieden werden, um die Verbindlichkeit als eine den Erben als solchen treffende anzusehen, diese Zurechnung soll nach herrschender Meinung aber nur stattfinden, wenn der Testamentsvollstrecker erkennbar mit Bezug auf den Nachlaß handelt. Vereinfachend ausgedrückt: Die Nachlaßerbenschulden zählen zu den Nachlaßverbindlichkeiten, weil sie den Erben als solchen treffen (vom Wortlaut des § 1967 II BGB erfaßt); die Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers treffen den Erben als solchen, weil sie zu den Nachlaßverbindlichkeiten zählen (vom Bedeutungsspielraum der Gesetzesworte des § 1967 II BGB nicht mehr erfaßt).

1) So ausdrücklich z.B.

Brox, Rdnr. 626 f.;

Planck-Flad, § 1967, Anm. 2b;

Staudinger-Lehmann, § 1967, Rdnr. 12;

Soergel-Siebert-Schippel, § 1967, Rdnr. 5;

Palandt-Keidel, § 1967, Anm. 3.

Eine solche Argumentation würde jedoch den Kern der Sache nicht treffen und der Einwand, unser problematischer Fall liege nicht mehr innerhalb des möglichen Bedeutungsspielraums der Gesetzesworte, wäre unzutreffend. Die Gesetzesverfasser verbanden mit dem Ausdruck "Nachlaßverbindlichkeiten" die Vorstellung der Verbindlichkeiten, die man in die Gruppen "Erblasserschulden", "Erbfallschulden", "Nachlaßkostenschulden" und "Nachlaßverwaltungsschulden" einteilt, legten aber keinen Wert auf eine genauere Abgrenzung dieser Gruppen im Wortlaut des Gesetzes¹⁾. Trotzdem oder auch eben deshalb muß im Rahmen des § 1967 II BGB die Abgrenzung erfolgen, ob es sich in unserem problematischen Fall um eine Nachlaßverbindlichkeit handelt oder nicht; denn einerseits ist diese Abgrenzung überhaupt notwendig und andererseits gibt es neben § 1967 II BGB keine andere Regelung, die eine brauchbar umfassende Bestimmung des Begriffes "Nachlaßverbindlichkeiten" enthielte. Vor diesem Hintergrund müssen die Gesetzesworte "... die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, ..." einen Bedeutungsspielraum haben, der vom Gesetzeswortlaut nur negativ abgegrenzt wird durch den Ausdruck "... vom Erblasser herrührenden Schulden ...". Der Bedeutungsspielraum der Gesetzesworte "... die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, ..." geht also so weit, daß darunter alle diejenigen Nachlaßverbindlichkeiten begriffen werden können, die nicht Erblasserschulden sind. Somit liegt unser problematischer Fall noch innerhalb des möglichen Bedeutungsspielraums der Gesetzesworte.

1) Vgl. Lange-Kuchinke, § 49 I 2, S. 825, mit Quellenangaben.

Problematisch ist bereits, ob die für unseren Typenvergleich heranzuziehenden Ausgangstypen, die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle der Verpflichtungsgeschäfte des vorläufigen und endgültigen Erben und des Vorerben in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses zweifelsfrei unter den Begriff der Nachlaßverbindlichkeiten i.S.v. § 1967 II BGB fallen.

Der Wortlaut des § 1967 II BGB ist dürftig und gibt für eine Auslegung wenig her.

Die Vorstellungen der Gesetzesverfasser, die ein wichtiges Auslegungskriterium darstellen können¹⁾, helfen nicht weiter; denn es lassen sich keine hinreichend deutlichen Vorstellungen über Abgrenzung und Umfang der Nachlaßverbindlichkeiten feststellen²⁾.

Auch mit Hilfe des Sinnes und Zweckes des § 1967 II BGB läßt sich keine genaue Bestimmung treffen. Sinn und Zweck dieser Regelung ist die Abgrenzung der Nachlaßverbindlichkeiten von den übrigen Verbindlichkeiten des Erben, dies wiederum zu dem Zwecke, daß die Nachlaßverbindlichkeiten eine andere Behandlung erfahren können als die übrigen Verbindlichkeiten des Erben; ein präziser Aufschluß darüber, was im einzelnen eine Nachlaßverbindlichkeit sein soll, läßt sich daraus nicht gewinnen.

Das Reichsgericht begründet den Anspruch des Dritten direkt gegen den Nachlaß zum einen damit, daß der Erbe wegen seiner Verpflichtung gegenüber dem Dritten einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Nachlaß auf Befreiung von der Verbindlichkeit habe,

1) Vgl. Lorenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap 4, 2c, S. 317.

2) Vgl.

Motive, Bd. V, S. 535 f., 602 f.;

Entwurf I, §§ 2055, 2092.

zum andern, daß, wenn man die Verpflichtung des Erben gegenüber dem Dritten nicht als Nachlaßverbindlichkeit ansehe, der Erbe, wie aus § 1979 BGB hervorgehe, auch keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz gegen den Nachlaß habe.

Beide Begründungen sind nicht stichhaltig. Aus der Tatsache, daß der Erbe einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Nachlaß hat und Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen kann, folgt noch nicht, daß der Dritte einen Anspruch direkt gegen den Nachlaß hat und direkt vom Nachlaßverwalter oder Nachlaßkonkursverwalter Befriedigung verlangen kann. Die Bestimmung des § 1978 I 1 BGB räumt dem Erben im Falle der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses rückwirkend die Stellung eines Beauftragten ein. Wenn aber ein Beauftragter für den Auftraggeber ein Verpflichtungsgeschäft besorgt, indem er im Wege der sogenannten mittelbaren Stellvertretung im eigenen Namen auftritt, so wird nach herrschender Meinung ¹⁾ nur der Beauftragte dem Dritten gegenüber verpflichtet, nicht aber der Auftraggeber. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb dies im Falle des § 1978 I 1 BGB anders sein soll. Auch die Begründung des Reichsgerichts, daß, wenn man die Verpflichtung des Erben gegenüber dem Dritten nicht als Nachlaßverbindlichkeit ansehe, der Erbe, wie aus § 1979 BGB hervorgehe, keinen Aufwendungsersatzanspruch habe, geht fehl. Die Bestimmung des § 1979 BGB ist im Regelungszusammenhang mit § 1978 I BGB zu sehen. § 1979 BGB schließt, wenn sein Tatbestand gegeben ist, lediglich den Ersatzanspruch der Nachlaßgläubiger gegen den Erben aus § 1978 I BGB aus. Der Aufwendungsersatzanspruch des Erben ergibt sich aber aus § 1978 III BGB i.V.m. § 670 BGB; § 670 BGB macht die Ersatzpflicht aber nur davon abhängig, daß

1) Siehe 2. Teil, C II.

der Beauftragte die Aufwendungen den Umständen nach für erforderlich halten durfte, der Aufwendungsersatzanspruch des Erben ist also unabhängig davon, ob man seine Verpflichtung gegenüber dem Dritten begrifflich als Eigenschuld oder Nachlaßverbindlichkeit qualifiziert.

Auch die Verpflichtungsgeschäfte des Vorerben sind nicht anders zu beurteilen. Der Dritte hat einen Anspruch gegen seinen Vertragspartner, den Vorerben. Der Vorerbe hat gem. § 2124 II 2 BGB einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Nacherben. Auch hier ist kein Anhaltspunkt ersichtlich, weshalb der Dritte einen Anspruch in Form einer Nachlaßverbindlichkeit direkt gegen den Nacherben haben soll.

Zuletzt gilt das gleiche auch für die Verpflichtungsgeschäfte des vorläufigen Erben. Der Dritte hat einen Anspruch gegen den vorläufigen Erben als seinen Vertragspartner; dieser hat gem. § 1959 I BGB i.V.m. §§ 683, 1, 670 BGB einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Erben. Somit zeigt auch dieser Fall wieder die für die beiden vorherigen Fälle typische Anspruchskonstellation.

Es bleibt somit festzuhalten: Die Ausführungen des Reichsgerichts vermögen noch nicht zu begründen, daß die Fälle der Verpflichtungen des vorläufigen und endgültigen Erben und des Vorerben in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses zweifelsfrei unter den Begriff der Nachlaßverbindlichkeiten i.S.v. § 1967 II BGB fallen.

Diese Fälle wären jedoch zweifelsfrei Nachlaßverbindlichkeiten i.S.v. § 1967 II BGB, wenn durch die ständige Rechtsprechung Gewohnheitsrecht entstanden wäre. Auf diese Frage kann jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden; denn sie erforderte eine eingehende Auseinandersetzung mit der Theorie des Gewohnheitsrechts, zumindest aber mit dem speziellen Problem, ob die gleichmäßige

Übung Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft wäre¹⁾. Allein die Tatsache einer bestimmten Auslegung des Gesetzes durch die ständige Rechtsprechung vermag jedenfalls noch kein Gewohnheitsrecht zu erzeugen, denn die Gerichte sind nicht für die Zukunft an diese Auslegung gebunden; hinzukommen muß, daß sich diese Auslegung im allgemeinen Rechtsbewußtsein als verbindliche Norm festsetzt und von den Rechtsgenossen ganz überwiegend beachtet wird²⁾. Es dürfte zumindest zweifelhaft sein, ob solch komplizierte Rechtstechniken, wie die Haftung des Nachlasses für die Verbindlichkeiten des Erben und Vorerben im Falle der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses, überhaupt in das Rechtsbewußtsein der beteiligten Rechtsgenossen eingehen und ob somit die betreffende Auslegung des Gesetzes durch die Gerichte überhaupt von ihnen als verbindliche Rechtsnorm betrachtet werden kann; es genügt nicht, daß diese Rechtstechniken und die Rechtsprechung hierzu den Juristen geläufig sind³⁾. Aber die Frage, ob die Behandlung dieser Fälle durch die Rechtsprechung als Gewohnheitsrecht gilt und diese Verbindlichkeiten damit zweifelsfrei als Nachlaßverbindlichkeiten i.S.v. § 1967 II BGB anzusehen sind, kann letztlich dahingestellt bleiben, wenn sie den Eigenverpflichtungen des Testamentsvollstreckers mit objektivem Bezug zum Nachlaß nicht gleichzubewerten sind. Für den Typenvergleich soll somit unterstellt werden, daß die Ausgangstypen zweifelsfrei unter den Begriff der Nachlaßverbindlichkeiten i.S.v. § 1967 II BGB fallen.

1) Überblick über die Problematik des Gewohnheitsrechts bei Larenz, Methodenlehre, 1. Aufl., II. Teil, Kap. 3, 3c, S. 269 ff.

2) Vgl. Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap. 5, 5, S. 425.

3) Vgl. Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap. 5, 5, S. 425.

Es sind nun einerseits die Übereinstimmenden und andererseits die sich unterscheidenden Merkmale der zu vergleichenden Fallgruppen festzustellen. Sodann ist im Wege einer wertenden Abwägung zu untersuchen, ob an die Übereinstimmenden Merkmale anzuknüpfen ist und die beiden Fallgruppen gleich behandelt werden müssen oder ob an die sich unterscheidenden Merkmale anzuknüpfen ist und die beiden Fallgruppen ungleich behandelt werden müssen; es ist zu fragen, ob die Übereinstimmenden Merkmale wesentlich für eine Gleichbehandlung oder die sich unterscheidenden Merkmale wesentlich für eine Ungleichbehandlung sind; diese Abwägung ist eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung gleicher Fälle und der Ungleichbehandlung ungleicher Fälle. Der hier problematische Fall kann mit den Ausgangstypen darin übereinstimmen, daß der Testamentsvollstreckter in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses gehandelt hat.

Die sich unterscheidenden Merkmale liegen in folgendem:

Nimmt man bei der Eigenverpflichtung des Erben unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Nachlaßverbindlichkeit an, so hat der Gläubiger (der Dritte) doch nur einen Schuldner. Deshalb kann der Erbe auch nur im eigenen Namen handeln, er braucht nicht etwa im eigenen Namen und im Namen des Nachlasses zu handeln. Erst mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses tritt eine Gütersonderung ein, der Nachlaß wird zum Sondervermögen¹⁾. Damit verliert der Eigengläubiger des Erben ein Haftungsobjekt,

1) Vgl. oben 2. Teil, A.

den Nachlaß, nicht aber ein Haftungssubjekt. Rechtsträger des Nachlasses bleibt weiterhin der Erbe, er bleibt Eigentümer der Sachen und Inhaber der Rechte. Zwar mag der Nachlaß bereits vor der Nachlaßsonderung ein potentiellcs Sondervermögen sein¹⁾, aber die Eigengläubiger des Erben können vor diesem Zeitpunkt, ab dem Zeitpunkt der Annahme der Erbschaft (vgl. § 778 II ZPO), auch in Nachlaßgegenstände vollstrecken, und soweit die Vollstreckung vollständig durchgeführt ist, verbleiben ihnen die so erworbenen Vermögenspositionen auch nach der Nachlaßsonderung²⁾. Billigt man dem Eigengläubiger des Erben nun unter bestimmten Voraussetzungen auch die Stellung eines Nachlaßgläubigers zu, so bedeutet das grundsätzlich eine Kontinuität der Haftungsgrundlage; es macht nun grundsätzlich keinen Unterschied mehr, ob der Gläubiger vor der Nachlaßsonderung aus dem Nachlaß Befriedigung erlangt hat oder nicht, denn auch den vor der Nachlaßsonderung noch nicht befriedigten Gläubigern bleibt der Nachlaß als Haftungsgrundlage erhalten, indem sie vom Nachlaßverwalter Befriedigung verlangen können.

Wollte man dagegen bei eigengeschäftlichen Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers mit objektivem Bezug zum Nachlaß dem Dritten auch einen Anspruch gegen den Nachlaß zuerkennen, so bedeutete dies, daß der Dritte ein weiteres Haftungssubjekt hinzugewinnen würde, dies wäre eben keine Kontinuität der Haftungsgrundlage.

1) Vgl. Bartholomeyczik-Schlüter, § 50 IV, S. 372, unter Hinweis auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung.

2) Vgl.

Lange-Kuchinke, § 51 II 2c, S. 868;

Brox, Rdnr. 623;

Boehmer, S. 153 f.

Anders als bei den Verpflichtungen des Erben in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses gestaltet sich die Anspruchslage des Dritten, falls ein Vorerbe in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eine Verbindlichkeit begründet. Hier gewinnt der Dritte ab Eintritt des Nacherbfalles einen weiteren Schuldner, den Nacherben, hinzu; denn der Vorerbe haftet als Vertragspartner mit dem Eigenvermögen weiter¹⁾, während der Nacherbe wegen der gleichen Verbindlichkeit als Nachlaßverbindlichkeit mit der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung haftet (vgl. § 2144 I BGB). Dieser Fall zeigt aber eine Gemeinsamkeit mit dem Falle des sich verpflichtenden Erben: Dem Dritten wird in der Person des Vorerben mit dem Eintritt der Nacherbfolge der Nachlaß als Haftungsobjekt entzogen, ebenso wie dem Dritten in der Person des Erben bei Nachlaßsonderung der Nachlaß als Haftungsobjekt entzogen wird. Dieses Haftungsobjekt, was dem Dritten in der Person des Vorerben entzogen wird, erwirbt der Nacherbe, der neu hinzugewonnene Schuldner des Dritten.

Ähnlich ist die Lage im Falle des sich verpflichtenden vorläufigen Erben, der später die Erbschaft ausschlägt. Der Dritte gewinnt neben dem vorläufigen Erben, der sich ihm persönlich als Vertragspartner mit dem Eigenvermögen verpflichtet, den endgültigen Erben als Schuldner. Zwar ist der Nachlaß, solange der vorläufige Erbe ihn innehat, für den Dritten kein Haftungsobjekt, aber wenn der vorläufige Erbe die Erbschaft nicht ausschlagen würde, sondern annähme, würde der Nachlaß zum Haftungsobjekt des Dritten, indem er nun auch als Eigengläubiger auf den Nachlaß zugreifen könnte (vgl. § 778 II ZPO). Somit führt die Ausschlagung zu dem

1) Vgl. Bartholomeyczik-Schlüter, § 56 II 2b, S. 419.

Entzug des Nachlasses als Haftungsobjekt in der Person des vorläufigen Erben und der endgültige Erbe erwirbt das Haftungsobjekt.

Unter dem Aspekt des Entzuges der Haftungsgrundlage unterscheiden sich demnach die Fälle der Verpflichtung des Vorerben und des vorläufigen Erben in ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses von dem Falle des sich eigengeschäftlich verpflichtenden Testamentvollstreckers, im letzteren Falle wird dem Dritten nicht etwa ein Haftungsobjekt entzogen; wollte man dem Dritten neben dem Anspruch gegen den Testamentvollstrecker einen Anspruch gegen den Nachlaß gewähren, so würde der Dritte ein Haftungsobjekt hinzugewinnen, was nicht als Sondervermögen aus dem Vermögen des Testamentvollstreckers abgespalten wurde, sondern als Sondervermögen aus dem Vermögen des Erben.

Aus diesen sich unterscheidenden Merkmalen der beiden zu vergleichenden Fallgruppen ergibt sich, daß der Vertrauensbezug eines Dritten, der mit einem vorläufigen oder endgültigen Erben oder Vorerben kontrahiert, anders strukturiert ist als der Vertrauensbezug dessen, der mit einem Testamentvollstrecker privat kontrahiert. Der Dritte, der mit dem Erben oder Vorerben kontrahiert, kann nicht nur darauf vertrauen, daß er den Erben oder Vorerben als Schuldner erhält, sondern daß ihm auch das Vermögen des Schuldners als Haftungsobjekt möglichst und im wesentlichen ungeschmälert erhalten bleibt. Es soll nicht etwa behauptet werden, daß das Vertrauen des Dritten auf den Bestand des Schuldnervermögens uneingeschränkt schutzwürdig sei; jeder Schuldner kann sich jederzeit und für den Gläubiger unberechenbar seines Vermögens, das nicht seiner Verwaltung entzogen ist, entledigen; die Stellung eines Gläubigers, der nur schuldrechtliche Ansprüche hat, ist stets unsicher. Hier soll nur dargelegt werden, daß die Gründe, die

ausreichend sein mögen, um dem Eigengläubiger des vorläufigen und endgültigen Erben und des Vorerben, unter der Voraussetzung, daß es sich um eine Verbindlichkeit in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses handelt, die Stellung eines Nachlaßgläubigers zuzubilligen, erheblich schwerer wiegen als die Gründe, dem Eigengläubiger des Testamentvollstreckers einen Anspruch gegen den Nachlaß zuzubilligen.

Wenn nun durch die Nachlaßsonderung beim Erben, durch die Ausschlagung beim vorläufigen Erben oder durch den Eintritt der Nacherbfolge dem Dritten gegenüber ein Haftungsobjekt aus dem Schuldnervermögen ausgesondert wird, so mag es billig und gerecht erscheinen, ihn als Nachlaßgläubiger am Nachlaß, dem ausgesonderten Vermögen, zu beteiligen, vorausgesetzt, daß es sich um eine Verbindlichkeit in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses handelt. Dies wäre eine Anlehnung an den Grundgedanken des § 419 BGB, der besagt, daß das Vermögen des Schuldners die natürliche Grundlage für den ihm gewährten Kredit bildet und daß die Gläubiger dort Befriedigung suchen sollen können, wo dessen Vermögensmasse geblieben ist¹⁾.

Der Dritte aber, der mit dem eigengeschäftlich sich verpflichtenden Testamentvollstreckter kontrahiert, müßte nicht nur auf die Leistungsfähigkeit des Testamentvollstreckers vertrauen, sondern auch darauf, daß er im Falle der Leistungsunfähigkeit des Testamentvollstreckers einen weiteren Anspruchsgegner, nämlich den Erben in Ansehung des Nachlasses, hätte. Zum einen ist schon zweifelhaft, ob der

1) Vgl.

BGB-RGRK-Weber, § 419, Rdnr. 2;

Staudinger-Kaduk, § 419, Rdnr. 4.

Dritte überhaupt darauf vertraut; denn wenn der Testamentsvollstrecker eigengeschäftlich handelt, dürften sich für den Dritten in der Regel keine Anhaltspunkte für den objektiven Bezug zum Nachlaß ergeben. Zum andern hätte das Vertrauen des Dritten hier einen ganz andern Umfang als bei einem Geschäft mit dem Erben. Bei einem Verpflichtungsgeschäft des Erben oder Vorerben mag der Dritte darauf vertrauen, daß das Haftungsobjekt nicht vermindert wird, bei einer eigengeschäftlichen Verpflichtung des Testamentsvollstreckers würde der Dritte darauf vertrauen, daß er ein Haftungssubjekt hinzugewinne.

Der andersgeartete Vertrauensbezug des Dritten bei dem hier zu untersuchenden Fall erscheint als so wesentlich, daß an die sich unterscheidenden Merkmale anzuknüpfen ist und der zu untersuchende Falltypus nicht gleich zu behandeln ist mit den Ausgangstypen.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten: Die Eigenverpflichtungen des Testamentsvollstreckers mit objektivem Bezug zum Nachlaß können nicht deshalb als Nachlaßverbindlichkeiten i.S.v. § 1967 II BGB angesehen werden, weil sie den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen der Verpflichtungsgeschäfte des vorläufigen und endgültigen Erben und des Vorerben in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses als Fällen, die zweifelsfrei unter § 1967 II BGB fallen, gleichzubewerten wären.

C. Das Offenheitsprinzip als Grundsatz für die
Verpflichtungsgeschäfte des
Testamentsvollstreckers

I. Die Ableitung des Offenheitsprinzips

Woraus läßt sich das Erfordernis des erkennbaren Bezuges auf den Nachlaß ableiten?

Für die Anhänger der Vertretertheorie bedeutet die Ableitung dieses Erfordernisses keine Schwierigkeit. Da sie den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erben ansehen¹⁾, ergibt sich für sie das Offenheitsprinzip²⁾ unmittelbar aus der Bestimmung des § 164 I 1 BGB.

Wie aber läßt sich das Offenheitsprinzip für die Verpflichtungsgeschäfte begründen, wenn man nicht der Vertretertheorie folgt?

Der Wortlaut des § 2206 I 1 BGB ("Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, ...") fordert nicht, daß der Testamentsvollstrecker die Beziehung seines Handelns zum Nachlaß verlautbaren lassen muß. Daraus könnte man folgern, daß der Testamentsvollstrecker auch durch eigengeschäftliches Handeln den Nachlaß verpflichten kann. Dem wäre aber entgegenzuhalten, daß die Bestimmung des § 2206 I 1 BGB nur die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers zum Gegenstand hat, diese Norm ist darauf zugeschnitten, dem Testamentsvollstrecker die Rechtsmacht zur Eingehung von Nachlaßverbindlichkeiten zu verleihen; sie will aber die Frage, ob der Testamentsvollstrecker die Beziehung zum Nachlaß

1) S.o. 1. Teil.

2) So wird allgemein das Erfordernis des Handelns in fremdem Namen gem. § 164 I 1 BGB bezeichnet (vgl. Müller-Freienfels, S. 16).

verlautbaren lassen muß, überhaupt nicht beantworten; dies ergibt sich aus dem Nebensatz: "..., soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist." Der Wortlaut des § 2206 I 1 BGB ist also für das Problem der Verlautbarung des nachlaßbezogenen Handelns unergiebig.

Somit gibt es im Gesetz keine Bestimmung, die eine Aussage über das Problem der Verlautbarung des nachlaßbezogenen Handelns enthält. Könnte man daraus folgern, daß der Testamentsvollstrecker auch durch eigengeschäftliches Handeln den Nachlaß verpflichten kann? Diese Folgerung wäre schlüssig, wenn es einen ungeschriebenen Grundsatz gäbe, der etwa lauten würde: "Wo für die Fremdverpflichtungswirkung die Verlautbarung des fremdbezogenen Handelns vom Gesetz nicht besonders gefordert wird, kann grundsätzlich auf die Verlautbarung verzichtet werden." Für einen solchen ungeschriebenen Grundsatz gibt es im Gesetz keine Anhaltspunkte.

Das Fehlen einer Bestimmung über die Frage der Verlautbarung des nachlaßbezogenen Handelns könnte eine Regelungslücke darstellen. Insoweit, als bei erkennbarem Bezug auf den Nachlaß jedenfalls eine Nachlaßverbindlichkeit begründet wird, liegt keine Regelungslücke vor; es bedurfte keiner gesetzlichen Regelung, daß bei erkennbarem Bezug auf den Nachlaß eine Nachlaßverbindlichkeit begründet wird; denn das ergibt sich von selbst: Auch wenn man die Verlautbarung des nachlaßbezogenen Handelns als Tatbestandsvoraussetzung der Nachlaßverbindlichkeit für erforderlich hält, ist bei erkennbarem Bezug auf den Nachlaß diesem Tatbestand Genüge getan.

Aber ist der erkennbare Bezug auf den Nachlaß überhaupt erforderlich, um eine Nachlaßverbindlichkeit zu begründen?

Zum einen ergibt sich dieses Erfordernis wegen des inhaltlichen Geltungsumfanges der Verpflichtungserklärung: Wenn der Nachlaß durch ein Verpflichtungsgeschäft des Testamentsvollstreckers unmittelbar als verpflichtet angesehen werden soll, so ist der Verpflichtungsgrund ein rechtsgeschäftlicher. Wenn nun aber der Testamentsvollstrecker die Fremdbezogenheit seiner Verpflichtungserklärung nicht erkennbar macht, so hat die rechtsgeschäftliche Erklärung für den Erklärungsgegner die Bedeutung, daß der Erklärende sich nur selbst verpflichten will; aus dem Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Erklärung ergibt sich mangels gegenteiliger Anhaltspunkte grundsätzlich, daß man selbst und nur selbst Zurechnungsobjekt der Berechtigungen und Verpflichtungen sein will. Somit reicht der rechtsgeschäftliche Verpflichtungsgrund, läßt der Testamentsvollstrecker die Fremdbezogenheit seines Handelns nicht erkennen, nur für eine eigene, private Verpflichtung aus, nicht aber für eine Verpflichtung des Nachlasses.

Zum andern könnte sich das Erfordernis des erkennbaren Bezuges auf den Nachlaß aus einem Analogieschluß zu § 164 I 1 BGB ergeben. Ein solcher Analogieschluß¹⁾ setzt voraus, daß die Verpflichtungserklärungen des Testamentsvollstreckers denjenigen des Vertreters i.S.v. § 164 I 1 BGB rechtsähnlich sind. Der Analogieschluß hat seine Begründung im Gleichheitsgrundsatz. Dieser Grundsatz verlangt, daß gleichartige Fälle gleich und ungleichartige Fälle ungleich zu behandeln sind.

1) Vgl. zum Folgenden:

Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap. 5, 2b,
S. 366 ff.;

Canaris, Lücken, S. 71 ff.;

Zippelius, Einführung, III 11, S. 64 ff.

Da zwei Fälle nicht vollkommen gleich sein können, sondern neben den Gemeinsamkeiten stets auch Unterschiede enthalten, fragt sich, ob an die Gemeinsamkeiten anzuknüpfen ist und die Fälle gleich zu behandeln sind oder ob an die Unterschiede anzuknüpfen ist und die Fälle ungleich zu behandeln sind. Es ist an diejenigen Momente anzuknüpfen, die nach der ratio legis der analog anzuwendenden Norm wesentlich sind.

Es sind somit die Gemeinsamkeiten der Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers und derjenigen des Vertreters i.S.v. § 164 I 1 BGB einerseits und die Unterschiede zwischen beiden andererseits herauszuarbeiten und zu werten, welche Momente für das Offenheitsprinzip des § 164 I 1 BGB nach dessen ratio legis wesentlich sind.

Die Gemeinsamkeiten:

Der Vertreter i.S.v. § 164 I 1 BGB verpflichtet nicht sich, sondern unmittelbar den Vertretenen. Auch der Testamentsvollstrecker verpflichtet, wenn er Nachlassverbindlichkeiten begründet, nicht sich selbst, sondern unmittelbar den Erben¹⁾. Für die Anhänger der Vertretertheorie ist das selbstverständlich. Aber auch die Anhänger der Amtstheorie bejahen das²⁾, obgleich sie annehmen, daß der Testamentsvollstrecker im eigenen Namen handle.

1) S.o. 2. Teil, A.

2) So ausdrücklich

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D I c, S. 945;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 I 3b, S. 296;
Staudinger-Dittmann, § 2205, Rdnr. 51;
BGB-RGRK-Kregel, Vor § 2197, Rdnr. 3;
Palandt-Kedel, Einf. vor § 2197, Anm. 1.

Die Unterschiede:

Der Erbe kann für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Nachlaßverbindlichkeiten nach allgemeinen Grundsätzen die Haftung auf das Sondervermögen Nachlaß beschränken¹⁾. Dem Vertretenen i.S.v.

§ 164 I 1 BGB ist dies nicht möglich.

Der Testamentsvollstrecker unterliegt nicht den Weisungen des Erben, sondern denen des Erblassers²⁾.

Der Bevollmächtigende kann i.d.R. aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis dem Bevollmächtigten Weisungen erteilen, dagegen kann der gesetzlich Vertretene seinem Vertreter ebenfalls keine Weisungen erteilen.

Der Erbe ist zur Verfügung über Nachlaßgegenstände nicht befugt (§ 2211 I BGB), so daß der Testamentsvollstrecker allein Verfügungsberechtigt ist (vgl. § 2205, 2 BGB); der Erbe kann sich zwar zur Verfügung über Nachlaßgegenstände verpflichten, aber er begründet dadurch nur eine persönliche Verpflichtung, keine Nachlaßverbindlichkeit, so daß der Testamentsvollstrecker nicht zu leisten braucht³⁾. Der Bevollmächtigende behält neben dem Vertreter die Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis. Der gesetzlich Vertretene kann zwar grundsätzlich auch nicht ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters

1) S.o. 2. Teil, A.

2) Vgl.

Lange-Kuchinke, § 29 II 1b, S. 393; § 29 VII 1, S. 428 f.;

Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 IV 2a, S. 300; § 42 XII 1, S. 312;

BGHZ 25, 275 (279 f.);

Soergel-Siebert-Müller, § 2203, Rdnr. 1.

3) Vgl. oben 2. Teil, A.

verfügen und sich verpflichten, aber dies beruht auf einem Mangel an Geschäftsfähigkeit, auf der fehlenden Fähigkeit des Vertretenen zur Selbstgestaltung, während die Einschränkung des Erben auf der Privatautonomie des Erblassers gründet¹⁾.

Welches Moment ist nun nach der ratio legis des § 164 I 1 BGB für das Offenheitsprinzip wesentlich? Es ist das Moment, daß der Vertreter sich nicht selbst, sondern den Vertretenen verpflichtet; denn das Offenheitsprinzip hat seinen Grund darin, daß der Geschäftsgegner typischerweise wissen will und wissen muß, wer sein Geschäftspartner ist (Gewißheitsinteresse)²⁾. Das zeigt sich auch mit aller Deutlichkeit in der Begründung der beiden Fallgruppen, die die herrschende Meinung als Ausnahmen vom Offenheitsprinzip zuläßt, dem "Geschäft für den, den es angeht" und dem "Geschäft im Betrieb und für den Betrieb"³⁾. Bei der ersteren ist es dem Vertragschließenden gleichgültig, wer sein Vertragspartner ist, bei der letzteren kommt es dem Vertragschließenden gerade darauf an, mit dem nicht erkennbaren Vertragspartner

1) Vgl. Larenz, BGB AT, § 30 I a, S. 511 f.

2) Vgl.

Larenz, BGB AT, § 30 II b, S. 524;

Enneccerus-Nipperdey, § 17B II 2, S. 1091;

Flume, § 44 I, S. 764;

Soergel-Schultze=v. Lasaulx, Vor § 164, Rdnr. 28;

Münchener Kommentar-Thiele, § 164, Rdnr. 17.

3) Vgl. statt aller

Flume, § 44 II, S. 765 ff.;

Lüderitz, JuS 1976, 765 (765 ff.).

zu kontrahieren. Da das Moment der Verpflichtung eines Anderen als wesentliches Moment für das Offenheitsprinzip den Verpflichtungsgeschäften des Vertreters und denjenigen des Testamentvollstreckers gemeinsam ist, sind die beiden Fälle rechtsähnlich und der Analogieschluß ergibt, daß das Offenheitsprinzip des § 164 I 1 BGB auch für die Verpflichtungsgeschäfte des Testamentvollstreckers zwecks Verpflichtung des Nachlasses gilt.

Zu bedenken ist aber, daß dieser Analogieschluß das Offenheitsprinzip für die Verpflichtungsgeschäfte des Testamentvollstreckers nur insofern begründen kann, als eine Rechtsähnlichkeit dieses Tatbestandes mit demjenigen in § 164 I 1 BGB festgestellt wurde. Die vorausgegangenen Gedanken beschäftigen sich nur mit der Rechtsähnlichkeit dieses Tatbestandes zu dem in § 164 I 1 BGB geregelten, nur die Rechtsähnlichkeit zu dem Tatbestand des § 164 I 1 BGB wurde festgestellt.

Mit anderen Worten: Die eigengeschäftlichen Verpflichtungserklärungen des Testamentvollstreckers vermögen nicht in Analogie zu § 164 I 1 BGB den Nachlaß zu verpflichten; denn § 164 I 1 BGB knüpft die Rechtsfolge der Wirkung für den Vertretenen an das Tatbestandsmerkmal des Auftretens im Namen des Vertretenen als wesentliches Tatbestandsmerkmal an; dieses Tatbestandsmerkmal ist aber in dem Tatbestande des eigengeschäftlich auftretenden Testamentvollstreckers eben nicht gegeben, so daß an diesen im Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Tatbestand nicht in Analogie zu § 164 I 1 BGB dessen Rechtsfolge (die sogenannte "Vertretungsfolge") geknüpft werden kann. § 164 I 1 BGB ist für die Zurechnung der eigengeschäftlichen Verpflichtungen des Testamentvollstreckers zum Nachlaß keine taugliche Zurechnungsnorm. Es bleibt offen, ob nicht die eigengeschäftlichen Verpflichtungserklärungen des Testamentvollstreckers einem anderen im Gesetz geregelten Tatbestand rechtsähnlich sind,

der eine Fremdverpflichtung anordnet, ohne einen erkennbar darauf gerichteten Willen vorauszusetzen, so daß in Analogie zu diesem Tatbestand der Nachlaß durch eigengeschäftliche Verpflichtungserklärungen des Testamentsvollstreckers als verpflichtet angesehen werden muß. Daß eine Rechtsähnlichkeit zu § 1357 I BGB (Geschäfte zur Deckung des Lebensbedarfs) nicht vorliegt, erscheint einer näheren Erörterung überflüssig. Die Frage, ob entsprechend der Verfügungsermächtigung des § 185 I BGB eine Verpflichtungsermächtigung anzuerkennen ist und in Analogie zu § 185 I BGB der Nachlaß durch eigengeschäftliche Verpflichtungserklärungen des Testamentsvollstreckers verpflichtet werden kann, soll später berührt werden.

Das Erfordernis des erkennbaren Bezuges auf den Nachlaß kann erst als unabdingbar angesehen werden, wenn feststeht, daß es keinen der eigengeschäftlichen Verpflichtung des Testamentsvollstreckers rechtsähnlichen Tatbestand gibt, der eine Fremdverpflichtung zur Rechtsfolge hat; andererseits kann aber auf das Erfordernis des erkennbaren Bezuges auf den Nachlaß erst dann verzichtet werden, wenn feststeht, daß die eigengeschäftlichen Verpflichtungserklärungen des Testamentsvollstreckers einem anderen im Gesetz geregelten Tatbestand eigengeschäftlichen Handelns mit Fremdverpflichtungswirkung gleichzubewerten sind und somit eine Analogie zu diesem Tatbestand geboten ist.

Daher soll zunächst dargestellt werden, wie die Regeln des Vertretungsrechts das Problem der Verlautbarung der Fremdwirkung lösen; sodann soll erörtert werden, ob für die Verpflichtungsgeschäfte darüber hinaus Ausnahmen vom erkennbaren Bezug auf den Nachlaß geboten sind.

II. Die herrschende Meinung zum Offenheitsprinzip

Die Vorstellung des "Handelns in fremdem Namen" ist seit alters her mit dem Institut der Vertretung verbunden und nicht nur das deutsche Recht, sondern alle großen Gesetzbücher unserer Zeit haben diese Verbindung beachtet¹⁾. Das BGB hat das "Handeln in fremdem Namen" in § 164 I 1 BGB zum Tatbestandsmerkmal der Vertretung normiert.

Die herrschende Meinung sieht das "Handeln in fremdem Namen" als wesentlichstes Merkmal der Vertretung an²⁾. Sie unterscheidet zwischen der sogenannten "direkten" oder "unmittelbaren Stellvertretung" i.S.d. §§ 164 ff. BGB und der sogenannten "indirekten" oder "mittelbaren Stellvertretung"; sie sieht das "Handeln in fremdem Namen" als notwendige Voraussetzung der Vertretungsfolge an in dem Sinne, daß der Vertreter sich erkennbar auf den Vertretenen beziehen müsse, um die Willenserklärung unmittelbar für und gegen ihn wirken zu lassen³⁾.

1) Vgl. Müller-Freienfels, S. 15 m.w.N.

2) Müller-Freienfels, S. 15 ff., bringt zahlreiche Belege dafür.

3) Vgl.

v. Tuhr, § 84 III, S. 341 f.;

Larenz, BGB AT, § 30 II b, S. 523 f.;

Enneccerus-Nipperdey, § 178 II 2, S. 1091;

Flume, § 44 I, S. 764;

Lehmann-Hübner, § 36 IV 2a, S. 308;

Staudinger-Coing, Vorbem. (vor § 164), Rdnr. 11;

§ 164, Rdnr. 5;

Soergel-Schultze=v. Lasaulx, Vor § 164, Rdnr. 27;

§ 164, Rdnr. 9;

BGB-RGRK-Steffen, Vor § 164, Rdnr. 3;

Münchener Kommentar-Thiele, § 164, Rdnr. 15 ff.

Zwei Ausnahmen werden allgemein, im Wege der teleologischen Reduktion, als Ausnahmen vom Offenheitsprinzip anerkannt: "das Geschäft für den, den es angeht" und "das Geschäft im Betrieb und für den Betrieb"¹⁾; bei der ersteren wird auf das Offenheitsprinzip verzichtet, weil es dem Vertragsschließenden gleichgültig ist, wer sein Vertragspartner ist, bei der letzteren, weil es dem Vertragsschließenden gerade darauf ankommt, mit einem bestimmten, nicht erkennbaren Anderen abzuschließen. Diese Ausnahmen müssen in gleichem Maße für das Offenheitsprinzip bei den Verpflichtungsgeschäften des Testamentsvollstreckers gelten; denn der Geltungsgrund dieser Ausnahmen ist hier in gleicher Weise gegeben. Folgt man der herrschenden Meinung zur Inhaltsbestimmung des Offenheitsprinzips, so ergibt sich:

Der Testamentsvollstrecker kann grundsätzlich den Nachlaß nur verpflichten, wenn er sich erkennbar auf ihn bezieht.

Tritt er nicht eindeutig als Testamentsvollstrecker oder als Privatperson auf, so ist sein Handeln als Eigenhandeln anzusehen (vgl. § 164 II BGB); bezieht er sich nicht erkennbar auf den Nachlaß, so nimmt er ein Eigengeschäft vor (vgl. § 164 II BGB)²⁾.

Der Testamentsvollstrecker braucht sich nicht ausdrücklich auf den Nachlaß zu beziehen, auch die Umstände können dem Dritten erkennbar machen, daß der Testamentsvollstrecker den Nachlaß verpflichten will (vgl. § 164 I 2 BGB). So sollen

1) Vgl. statt aller

Flume, § 44 II, S. 765 ff.;

Lüderitz, JuS 1976, 765 (765 ff.).

2) Vgl. Lange-Kuchinke, § 29 V 3, S. 407 m.w.N.

die Verpflichtungserklärungen, die der Testamentsvollstrecker erkennbar in einer Angelegenheit des Nachlasses abgibt, im Zweifel den Nachlaß verpflichten¹⁾ und nicht etwa den Testamentsvollstrecker privat. Auf diese Weise kann der objektive Bezug zum Nachlaß aus dem Stadium des bloß objektiven Bezuges hinauswachsen und zum Bestandteil der Willenserklärung des Testamentsvollstreckers werden. Der Testamentsvollstrecker braucht sich nicht auf den bestimmten Nachlaß zu beziehen, es genügt, wenn er erkennen läßt, daß er überhaupt als Testamentsvollstrecker handelt²⁾; denn auch der Vertreter braucht die Person des Vertretenen bei Vornahme des Rechtsgeschäftes nicht zu bestimmen, es genügt, wenn er überhaupt als Vertreter auftritt³⁾.

1) So sinngemäß v. Tuhr, § 84 III, S. 344.

2) Vgl. v. Tuhr, § 84 III, S. 342 f.

3) Vgl. Larenz, BGB AT, § 30 II b, S. 525 m.w.N.

III. Die abweichende Meinung Wolffa

Obwohl der Verfasser sich nicht grundsätzlich mit der Inhaltsbestimmung des Offenheitsprinzips als einem Problem des Vertretungsrechts auseinandersetzen kann, sei der Vollständigkeit halber doch die von der herrschenden Meinung abweichende Meinung Wolffa¹⁾ dargelegt.

Wolff hält es nicht für allgemein erforderlich, daß der Vertreter dem Dritten die Vertretung kundgebe. In jeder der verschiedenen Fallgestaltungen sei die Interessenlage in irgendeiner Hinsicht eine andere, so daß es zu gerechten Ergebnissen gar nicht führen könne, wenn man die Vertretungsfolge allein an den erklärten Willen oder an das Auftreten des Vertreters anknüpfe. Zum allgemeinen Tatbestand der Vertretung gehöre nur die fremde Zuständigkeit des besorgten Geschäftes. Sei sie gegeben, so handle der Vertreter stets "namens", das heiße an Stelle des Geschäftsherrn. Soweit man zwischen "offener" ("unmittelbarer") und "versteckter" ("mittelbarer") Vertretung mit Recht eine Unterscheidung mache, liege sie nicht im Auftreten des Vertreters "namens" des Geschäftsherrn oder "im eigenen Namen", sondern darin, ob der Dritte wüßte oder wissen müßte, daß das vom Vertreter besorgte Geschäft ein diesem fremdes sei, oder ob er es nicht wüßte.

Den außerordentlich verschiedenen Tatbeständen der Vertretung könnten sehr verschiedene Rechtsfolgen entsprechen. Es sei grundsätzlich bedenklich, die Vertretung nach einer einheitlichen Rechtsfolge zu bestimmen, wie es das BGB den Grundsätzen nach tue.

1) Vgl. zum Folgenden: Wolff, S. 174 f., 205, 215, 216.

Man müsse auf die bei der Vertretung möglichen Interessenlagerungen eingehen. Nur mit Vorbehalten und nur grundsätzlich und typischerweise lasse sich das "Auftreten des Vertreters in fremdem Namen" ("offene Vertretung") mit der "direkten Vertretungsfolge" und die "versteckte Vertretung" mit der "indirekten" verknüpfen. Denn der Grundsatz der Wahrhaftigkeit und das Rechtsscheinprinzip forderten den Schutz des Dritten.

In diesselbe Richtung, aber weitergehend, führen die Gedanken Müller-Freienfels'. Soweit sie speziell die Erkennbarkeit des Verwalterhandelns berühren, soll dann näher auf sie eingegangen werden.

IV. Die abweichende Meinung Müller-Freienfels'

Müller-Freienfels¹⁾ will das Merkmal des "Handelns in fremdem Namen" nicht in dem Sinne interpretieren, daß die Zurechnung des Vertreterhandelns allein nach dem Auftreten des Vertreters im eigenen oder fremdem Namen erfolge. Das Erfordernis des "Handelns in fremdem Namen" müsse immer im Zusammenhang mit der jeweiligen Einstellung zum Problem der Verlautbarung rechtsgeschäftlichen Verhaltens gesehen werden; die Frage, ob für die Zurechnung des Vertreterhandelns mehr das innere Wollen der Beteiligten oder mehr die äußere Erklärung maßgebend sei, müsse genauso gelöst werden wie auch sonst der rechtsgeschäftliche Prinzipienstreit zwischen Willenstheorie und Erklärungstheorie die Probleme der Rechtsfolgen beim Rechtsgeschäft löse. Da er ein einheitliches Rechtsfolgeprinzip für Rechtsgeschäfte ablehnt, wendet sich Müller-Freienfels gleichzeitig überhaupt gegen den Streit zwischen Willenstheorie und Erklärungstheorie; man ver falle zu sehr in begriffliche Gleichmacherei, wenn man nicht die verschiedenen konkreten Lebenslagen berücksichtige; es dürfe in einer fortgeschrittenen Rechtsordnung den Satz nicht geben, daß eine bestimmte Erklärung eine bestimmte Folge ausschließlich allein und unter allen Umständen nach sich ziehe. Man müsse berücksichtigen, an welcher Stelle im rechtsgeschäftlichen Tatbestand der Vertreter jeweils stehe. Müller-Freienfels erkennt aber an, daß das Offenheitsprinzip primär zum Schutz der Interessen des Dritten bestimmt ist und daß dessen Interessen sich danach

1) Vgl. zum Folgenden: Müller-Freienfels, S. 19 ff.

unterscheiden, ob der Vertreter ein Erwerbs-, ein Verfügungs- oder ein Verpflichtungsgeschäft tätigt. Bei wirtschaftlich gewichtigen Verpflichtungsgeschäften sei das Interesse des Dritten, zu wissen, wer sein Vertragspartner sei, erheblich größer als bei einem Bargeschäft des täglichen Lebens. Da das Offenheitsprinzip dort seinen Sinn verliere, wo dem Veräußerer die Person seines Geschäftsgegners gleichgültig sei, müsse man je nach der Stellung des Vertreters im Rechtsgeschäft konkrete Gruppen von Interessenlagen bilden und danach die Anforderungen an das äußere Auftreten des Bevollmächtigten differenzieren. Somit gelangt Müller-Freienfels zunächst zu den gleichen Ergebnissen wie die herrschende Meinung mit dem Institut des "Geschäftes für den, den es angeht", wobei er den Vertretenen nicht nur als Zurechnungssubjekt der dinglichen Einigung, sondern auch des schuldrechtlichen Geschäftes ansieht. Darüberhinaus meint Müller-Freienfels, es bestehe kein Grund, dem Kontrahenten eines abredewidrig nicht in fremdem Namen aufgetretenen Bevollmächtigten zu verwehren, sich dennoch an den Vollmachtgeber zu halten.

Somit erkennt Müller-Freienfels zumindest bei den Rechtsgeschäften des gewillkürten Vertreters dem Grunde nach an, daß das Offenheitsprinzip gewahrt sein muß, um die Willenserklärungen des Vertreters dem Vertretenen zuzurechnen.

Anders dagegen sieht Müller-Freienfels die Rechtslage beim Handeln der gesetzlichen Vertreter, er führt dazu aus:

Indem man die vertretungsweise Zurechnung mit dem "Handeln in fremdem Namen" stehen und fallen lasse, gehe man über die Verschiedenartigkeit der mannigfaltigen Richtigkeitsprinzipien und Interessenlagen hinweg, die bei der Vertretung im Spiele sein könnten. Ob und wie "im fremdem Namen" zu handeln sei, könne etwa bei der Vertretung des Kindes durch seinen Vater anders entschieden werden als bei der

Vertretung des Geschäftsinhabers durch seinen Angestellten und wieder anders bei der Gelegenheitsvertretung des Herrn X durch seinen Freund Y. Vertreter sei nicht nur der rechtsgeschäftlich eingesetzte Bevollmächtigte, sondern auch der kraft Gesetzes zur Vertretung Berufene, wie der Vater, Vormund, Pfleger, die Ehefrau usw. Die Geschäfte dieser Vertreter kraft Gesetzes ließen sich nicht einfach als "Rechtsgeschäfte" ansehen und behandeln. Sie stünden nicht im Dienste der Privatautonomie. Sie seien keine besondere Art und Weise des willkürlichen Selbstabschlusses, sondern mit ihnen werde eine Rechtsfolge gerade ohne Rücksicht auf den Willen des Zurechnungssubjektes, gebunden an die objektive Wahrung des Mündelinteresses, bewirkt. Infolgedessen würden für sie auch nicht ohne weiteres die gleichen Gründe für die Zuordnung der Rechtsfolgen gelten wie bei Rechtsgeschäften¹⁾. Das Gesetz bestätige dies in § 1357 BGB ("Schlüsselgewalt"). Auch Vater, Mutter oder Vormund hörten nicht deshalb auf, Vertreter zu sein, wenn sie, statt im Namen des Mündels, im eigenen Namen die Geschäfte für ihren Pflegebefohlenen tätigten. Die Ansicht Müller-Freienfels' ist auch auf die Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers übertragbar, da sie den Verpflichtungsgeschäften der gesetzlichen Vertreter hinreichend ähnlich sind. Auch dort dürfte es sich nach Müller-Freienfels' Ansicht nicht um Rechtsgeschäfte handeln, da es sich nicht um einen willkürlichen Selbstabschluß des Zurechnungssubjektes, des Erben, handelt, sondern um die objektive Wahrung dessen Interessen durch den

1) Gegen diese Unterscheidung von gewillkürter und gesetzlicher Vertretung: Flume, § 45 II 4, S. 791 f.

Testamentsvollstrecker.

Müller-Freienfels verneint also die Anwendbarkeit des Offenheitsprinzips bei den Geschäften der Vertreter kraft Gesetzes mit der Begründung, dies seien keine Rechtsgeschäfte. Im Rahmen dieser Arbeit können nicht die, notwendigerweise umfangreichen Untersuchungen angestellt werden, ob die Geschäfte der Vertreter kraft Gesetzes als Rechtsgeschäfte qualifiziert werden können. Wie Müller-Freienfels selbst sagt, sehen Rechtsprechung und Schrifttum sie jedenfalls als solche an¹⁾. Auch das Gesetz spricht z.B. in den §§ 1822 Nr. 1, 13, 1825 I, 1828, 1831, 1832 BGB von den Rechtsgeschäften des Vormunds. Aber selbst wenn man, Übereinstimmend mit den Gedanken Müller-Freienfels', die Geschäfte der Vertreter kraft Gesetzes nicht als Rechtsgeschäfte ansehen wollte, wäre dies noch kein ausreichender Grund dafür, das Offenheitsprinzip auf diese Geschäfte nicht anzuwenden²⁾. Der Regelungsbereich des § 164 I BGB, der das Offenheitsprinzip normiert, erfaßt mit seinem Wortlaut nicht nur die gewillkürte, sondern auch die gesetzliche Vertretung. Das ergibt sich indirekt aus der Bestimmung des § 166 II 1 BGB. Wenn dort von der "durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht" die Rede ist, so bedeutet dies im Umkehrschluß, daß, wenn ohne nähere Spezifizierung die Vertretungsmacht genannt ist, auch die

1) Nachweise bei Müller-Freienfels, S. 361, FuBn. 4, 5; vgl. auch Larenz, BGB AT, § 30 I a, FuBn. 1, S. 510, gegen Müller-Freienfels, m.w.N.

2) Nach Müller-Freienfels, S. 189, hindere die Tatsache, daß die Rechtsakte der gesetzlichen Vertreter nicht als Rechtsgeschäfte angesprochen werden könnten, nicht, sie entsprechend den Regeln über Rechtsgeschäfte zu behandeln, soweit die zugrunde liegenden Interessenwertungen auch für sie Geltung verdienten (vgl. auch S. 373).

gesetzliche Vertretungsmacht gemeint ist. Die Bestimmung des § 164 I BGB spricht aber nur, ohne Spezifizierung von der "Vertretungsmacht" und dem "Vertretenen". Wollte man bei den Geschäften gesetzlicher Vertreter auf das Offenheitsprinzip verzichten, so müßte der Wortlaut des § 164 I 1 BGB im Wege der teleologischen Reduktion¹⁾ als zu weit erkannt und durch einen entsprechenden Ausnahme-tatbestand eingeengt werden. Bloße, allgemeine Billigkeitserwägungen reichen nicht aus, um einen Ausnahmetatbestand vom Offenheitsprinzip anzuerkennen.

Eine teleologische Reduktion setzte voraus, daß der negative Gleichheitssatz, das Gebot, Ungleichartiges ungleich zu behandeln, eine unterschiedliche Behandlung der Geschäfte der gewillkürten Vertreter einerseits und der gesetzlichen Vertreter andererseits bezüglich der Verlautbarung ihres fremd-bezogenen Handelns erforderte. Die Geschäfte der gesetzlichen Vertreter wären ungleichartig im Verhältnis zu denen der gewillkürten Vertreter, wenn bei jenen der Grundgedanke des Offenheitsprinzips nicht zutreffen würde. Grundgedanke des Offenheitsprinzips ist das Gewißheitsinteresse des Dritten²⁾, d.h. das Interesse, zu wissen und wissen zu müssen, wer sein Geschäftspartner ist. Es gibt aber keine Anhaltspunkte dafür, daß das Gewißheitsinteresse des Dritten bei Geschäften mit gesetzlichen Vertretern entfallen würde oder anders strukturiert wäre als bei Geschäften mit gewillkürten Vertretern. Ebenso zeigt ein Vergleich

1) Vgl.

Canaris, Lücken, S. 82 ff.;
Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap. 5, 2c,
S. 377 ff.

2) Vgl. oben 2. Teil, C I.

der Interessenlagen des Dritten in beiden Fällen überhaupt, daß kein Grund ersichtlich ist, die beiden Gruppen bezüglich der Verlautbarung des fremdbezogenen Handelns unterschiedlich zu behandeln. Der Dritte kann bei einem Geschäft mit einem Vertreter kraft Gesetzes, der im eigenen Namen handelt, kein anerkennenswerteres Interesse daran haben, gegen den "Vertretenen" einen Anspruch zu erwerben - allein oder zusätzlich neben dem Anspruch gegen den Vertreter - als bei einem Geschäft mit einem gewillkürten Vertreter, der im eigenen Namen handelt. Wenn der "Vertreter" im eigenen Namen auftritt und der Dritte mit ihm kontrahiert, so hat in beiden Fällen der Dritte sich jenen, also den "Vertreter" in eigener Person, im Wege der freiwilligen Selbstgestaltung seiner Lebensverhältnisse, zum Vertragspartner und damit zum Schuldner seiner Ansprüche gewählt. Als Ergebnis bleibt festzuhalten: Aus den Erwägungen Müller-Freienfels' läßt sich eine allgemeine Ausnahme vom Offenheitsprinzip für die Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers nicht begründen.

D. Könnte der allgemeine Gedanke des
Verkehrsschutzes eine Ausnahme vom
Offenheitsprinzip rechtfertigen?

Nach den bisherigen Ausführungen erwirbt der Dritte nur dann einen Anspruch gegen den Nachlaß, wenn der Testamentsvollstrecker sich erkennbar darauf bezieht. Handelt der Testamentsvollstrecker, ohne sich erkennbar auf den Nachlaß zu beziehen, so handelt er eigengeschäftlich, er selbst ist dann verantwortliches Zurechnungssubjekt, d.h. zur Leistung verpflichtet.

Von diesem Grundsatz müßte eine Ausnahme gemacht werden, wenn das Verkehrsschutzinteresse des Dritten erforderte, daß der Anspruch des Dritten sich auch bei eigengeschäftlicher Verpflichtung des Testamentsvollstreckers gegen den Nachlaß richtete.

Verkehrsschutz ist Vertrauensschutz.

Da das Gesetz keine ausdrückliche, spezielle Regelung zu unserem Fall des Verkehrsschutzinteresses enthält, ist zu untersuchen, wie die Rechtsordnung überhaupt das Vertrauen schützt¹⁾. Das Vertrauen gehört ursprünglich zum Empfindungs- und Vorstellungsleben, da es sich auf Gesinnungen bezieht, Erwartungen weckt und diese inneren Momente zum Ethischen, zum sittlichen Bewußtsein gehören. Rechtliche Normen und sittliche Normen sind aber voneinander verschieden, die rechtlichen Normen wenden sich in der Regel an das äußere Verhalten, die sittlichen an die Gesinnung; daher gehören die Forderungen und Inhalte sittlicher Normen nicht ohne weiteres gleichzeitig zu den Forderungen und Inhalten rechtlicher Normen; nur dort, wo eine Rechtsnorm eine sittliche Norm übernimmt, wird

1) Vgl. zum Folgenden: Eichler, S. 4f., 7, 18.

letztere auch zum Inhalt der ersteren. Das Vertrauen bleibt also grundsätzlich auf den Bereich des Ethischen beschränkt, wenn nicht eine Rechtsnorm das Vertrauen schützt. Der Vertrauensschutz im rechtlichen Bereich geschieht durch institutionelle und rechtstechnische Typisierung. Das Recht wird beherrscht von der Notwendigkeit, Tatbestände zu typisieren, zu schematisieren und Individualitäten weitgehend auszuschalten. Deshalb gehört es zur Methode und zum System des Rechts, Vertrauensmomente nur im Rahmen von typisierenden Institutionen zu schützen. Es gilt hier also ein Enumerationsprinzip, wo das Gesetz den Schutz des Vertrauens nicht regelt, soll das Vertrauen nur als Motiv eines äußeren Verhaltens gelten; der sittliche Vertrauensbereich ist weit größer als der vom Recht als erheblich anerkannte. Das Recht kennt keinen absoluten Vertrauensschutz. Die typisierenden Institutionen sollen das Vertrauen insoweit schützen, als es nach den durchschnittlichen Anforderungen des Verkehrslebens als schutzwürdig erscheint. Das Recht gewährleistet den Schutz des Vertrauens nicht nur dort, wo es ihn ausdrücklich erwähnt; auch eine Regelung, die einen Schadensersatzanspruch normiert, schützt Vertrauen, wenn das tatbestandsausfüllende Handeln nach sittlicher Wertung einen Vertrauensbruch darstellt.

Könnte es sich bei der Wahrung des Drittinteresses um einen Fall des Gutgläubensschutzes¹⁾ handeln? Der Gedanke des Gutgläubensschutzes ist der Gedanke, nicht die wirkliche Rechtslage, sondern den davon abweichenden Rechtsschein dergestalt zur Grundlage der gesetzlichen Tatbestände zu machen, daß die

1) Vgl. statt aller Westermann, JuS 1963, 1 (1), m.w.N.

Rechtsfolgen sich nach dem Rechtsschein bestimmen¹⁾. Das Gesetz hat den Gutgläubensschutz in vielen Fällen verwirklicht²⁾. Es ist Grundlage des Gutgläubenschutzes, den zu schützen, der auf einen Rechtsschein vertraut. Handelt der Testamentsvollstrecker, ohne sich erkennbar auf den Nachlaß zu beziehen, so fehlt es für den Schutz des Dritten grundsätzlich schon an einem Rechtsschein, der den Bezug des Geschäftes zum Nachlaß herstellte. Ein Rechtsschein kann für den Dritten auch nicht darin liegen, daß er glaubt, sein Vertragspartner sei, oder weiß, sein Vertragspartner ist überhaupt Testamentsvollstrecker über den Nachlaß eines "X". Insoweit liegt schon deshalb kein Rechtsschein vor, weil dies ja der wirklichen Tatlage entspricht. Dem Begriff des Rechtsscheins ist es immanent, daß der Anschein von der wirklichen Tatlage abweicht. Glaubte der Dritte, der Testamentsvollstrecker handele für den Nachlaß, obwohl nach jenes Verständnismöglichkeit dieser für sich privat handelt, so erliegt er ebenfalls keinem Rechtsschein, sondern nur einem Irrtum; denn dem Anschein nach handelt der Testamentsvollstrecker ja eben für sich privat. Somit vertraut der Dritte auf keinen Rechtsschein, der den Nachlaß als verpflichtet aufzeigte, sondern er vertraut letztlich in die Leistungsfähigkeit seines Vertragspartners, des Testamentsvollstreckers privat. Das Vertrauen mag Motiv für die Willenserklärung des Dritten sein und wäre insoweit im natürlich-sittlichen Bereich beheimatet. Dieses Vertrauensmoment könnte im rechtlichen Bereich

1) Vgl. Westermann, JuS 1963, 1 (1).

2) Beispiele bei Westermann, JuS 1963, 1 (1).

grundsätzlich nur erheblich sein, wenn es institutionell und rechtstechnisch typisiert wäre. Es ist aber nicht insofern institutionell typisiert, daß der Dritte einen Anspruch gegen den leistungsfähigen Nachlaß erwerben würde. Dieses Ergebnis wird indirekt bestätigt durch die Regelungen zur Unmöglichkeit der Leistungsverpflichtung. Durch diese Normen wird das Vertrauen des Dritten insoweit geschützt, als er, unter Voraussetzungen, auf die hier nicht näher einzugehen ist, Sekundäransprüche gegen seinen Schuldner erhält, aber eben keinen Leistungsanspruch gegen einen leistungsfähigen Dritten.

Somit vermag auch der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes keine Ausnahme vom Offenheitsprinzip zu eröffnen.

E. Die Verpflichtungsermächtigung in Analogie
zur Verfügungsermächtigung des § 185 I BGB
als mögliche Ausnahme vom Offenheitsprinzip

Erkennt man, in Analogie zu der Verfügungsermächtigung des § 185 I BGB, die Möglichkeit einer Verpflichtungsermächtigung an, so bedeutet dies eine Ausnahme vom Offenheitsprinzip des § 164 I 1 BGB¹⁾. Diese Verpflichtungsermächtigung würde bezüglich der Fremdwirkung der Verpflichtungserklärung eine Alternative zur Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. BGB darstellen.

Der Verfügende i.S.v. § 185 I BGB handelt eigen-
geschäftlich. Dem objektiven Bezug zum Nachlaß
entspricht bei § 185 I BGB die fremde Berechtigung;
auch hier bewirkt ein "objektiver Bezug", die
Zugehörigkeit des Gegenstandes zu einem fremdem
Vermögen oder einer fremden Verwaltungsmacht,
zusammen mit der Einwilligung des Berechtigten,
daß das Rechtsgeschäft des Verfügenden Fremdwirkung
hat: Der einwilligende Berechtigte erleidet einen
Rechtsverlust.

Es dürfte kein Hindernis für eine Analogie sein,
daß § 185 I BGB von der rechtsgeschäftlichen
Verfügungsermächtigung handelt, während die
Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers
als eine gesetzliche anzusehen wäre²⁾.

1) So Dölle, Festschrift Schulz, 2. Bd., S. 268
(277 ff.).

2) Vgl. Lent, ZZP 62 (1941), 129 (182), der zwar die
Möglichkeit einer Verpflichtungsermächtigung strikt
ablehnt (S. 183 ff.), aber eine Verfügung des
Verwalters im eigenen Namen gem. § 185 BGB als
möglich ansieht, indem er die gesetzliche
Ermächtigung der Zustimmung als gleichwertig
ansieht.

Weit schwieriger dürfte die Frage zu beantworten sein, ob die Bestimmung des § 164 I 1 BGB in dem Sinne auszulegen ist, daß eine Fremdverpflichtung grundsätzlich nur durch Handeln in fremdem Namen möglich ist oder ob § 164 I 1 BGB nur sagt, daß der Vertreter den Vertretenen zwar durch Handeln in fremdem Namen verpflichte, aber nicht besagt, daß diese Rechtsfolge grundsätzlich nicht auch unter anderen Voraussetzungen möglich sei.

Die Frage, ob man analog zu der Verfügungsermächtigung des § 185 I BGB eine Verpflichtungsermächtigung anerkennt, ist keine spezifische Problematik des Rechts der Testamentsvollstreckung, sondern als allgemeine Problematik im Recht der Stellvertretung angesiedelt, sie berührt grundsätzlich das Verhältnis zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung. Deshalb und weil sie Raum für eine eigene monographische Untersuchung eröffnet, kann sie hier nicht näher untersucht werden.

Nur um dem Leser eine Orientierung zu geben, sei gesagt, daß nach herrschender Meinung eine Verpflichtungsermächtigung nicht möglich ist¹⁾.

1) Vgl. statt aller Peters, AcP 171 (1971),
234 (234) m.w.N.

F. Zusammenfassung

Der Testamentsvollstrecker muß sich bei Verpflichtungsgeschäften grundsätzlich erkennbar auf den Nachlaß beziehen, um eine Nachlaßverbindlichkeit zu begründen.

Ein Typenvergleich mit den Verpflichtungsgeschäften des vorläufigen und endgültigen Erben und des Vorerben in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses ergibt nicht, daß die eigengeschäftlichen Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers mit objektivem Bezug zum Nachlaß als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen sind. Die Ausgangstypen der Verpflichtungsgeschäfte des vorläufigen und endgültigen Erben und des Vorerben unterscheiden sich von den eigengeschäftlichen Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers wesentlich dadurch, daß dort dem Gläubiger durch die Nachlaßsonderung ein Haftungsobjekt entzogen wird und der Gläubiger auf den Fortbestand der bei Vertragschluß vorhandenen Haftungsgrundlage vertrauen mag. Das Offenheitsprinzip ist für die Vertretertheorie aus § 164 I 1 BGB unmittelbar, ansonsten durch Analogie zu § 164 I 1 BGB herzuleiten. Die Verpflichtungserklärungen des Testamentsvollstreckers sind denjenigen des Vertreters i.S.v. § 164 BGB rechtsähnlich; denn auch jene verpflichten den Erben unmittelbar und dies ist nach der ratio legis des § 164 I 1 BGB wesentlich für das Offenheitsprinzip. Die im Vertretungsrecht anerkannten beiden Ausnahmefallgruppen des Offenheitsprinzips, das "Geschäft für den, den es angeht" und das "Geschäft im Betrieb und für den Betrieb", gelten auch für die Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers; denn der Geltungsgrund ist in gleicher Weise gegeben.

Das Verkehrsschutzinteresse vermag, soweit es nicht in den beiden Ausnahmefallgruppen des

Offenheitsprinzips berücksichtigt wird, nicht zu begründen, daß der Dritte bei eigengeschäftlicher Verpflichtung des Testamentsvollstreckers einen Anspruch auch gegen den Nachlaß erwirbt; denn es ist insoweit nicht institutionell typisiert. Erkennt man, in Analogie zu der Verfügungsermächtigung des § 185 I BGB, die Möglichkeit einer Verpflichtungsermächtigung an, so bedeutet dies eine Ausnahme vom Offenheitsprinzip.

3. Teil: Die Verpflichtungsmacht des
Testamentsvollstreckers und die Fälle
fehlender Verpflichtungsmacht

A. Die Verpflichtungsmacht des
Testamentsvollstreckers

Obwohl der Erbe bereits mit dem Wirksamwerden der Testamentsvollstreckungsanordnung, also in der Regel im Zeitpunkt des Erbfalles, die Verwaltungsbefugnis verliert¹⁾, beginnt das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers nicht bereits in diesem Zeitpunkt, auch nicht mit dem Zeitpunkt seiner eventuell späteren Ernennung (z.B. durch Dritte, durch einen anderen Testamentsvollstrecker oder durch das Nachlaßgericht, vgl. §§ 2198 - 2200 BGB), sondern erst mit der Annahme des Amtes (vgl. § 2202 BGB)²⁾.

Aus dem Verwaltungsrecht (§ 2205, 1 BGB) resultieren das Besitznahmerecht (§ 2205, 2 BGB), das Verfügungsrecht (§ 2205, 2 BGB) und das Verpflichtungsrecht (§ 2206 I 1, 2 BGB).

Bei den Verpflichtungsgeschäften differenziert das Gesetz danach, ob es sich um eine Verbindlichkeit zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand handelt (§ 2206 I 2 BGB) oder ob die Verbindlichkeit keine Verpflichtung zur Verfügung über einen

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 G I, S. 980 m.w.N.;
Lange-Kuchinke, § 29 V 4, S. 408;
Kipp-Coing, § 70 I, S. 409;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 II 1, S. 297;
BGHZ 25, 275 (282).

2) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 C III, S. 937 f.

Nachlaßgegenstand zum Inhalt hat (§ 2206 I 1 BGB, sogenannte "reine Verpflichtungsgeschäfte"¹⁾).

Zu einer Verbindlichkeit zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, wenn er zu der Verfügung selbst berechtigt ist (§ 2206 I 2 BGB). Zur Verfügung über Nachlaßgegenstände ist er, mit Ausnahme der unentgeltlichen Verfügungen (vgl. § 2205, 3 BGB), generell, d.h. ohne nähere Beschränkung durch das Gesetz, berechtigt (vgl. § 2205, 2 BGB)²⁾.

Der Testamentsvollstrecker ist also z.B. auch dann zu einer Verfügung - und damit auch zur Verpflichtung zu dieser Verfügung - berechtigt, wenn sie nicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist³⁾.

Zu beachten ist aber, daß der Erblasser gem.

§ 2208 I BGB das Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers aus § 2205, 2 BGB, ebenso wie dessen andere Rechte, beschränken kann⁴⁾.

1) Ausdruck z.B. bei

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 952;
Lange-Kuchinke, § 29 VI 3b, S. 421.

2) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 948 ff.;
Lange-Kuchinke, § 29 VI 2, S. 417 ff.;
Kipp-Coing, § 68 IV, S. 398 ff.

3) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 954;
Kipp-Coing, § 68 III 7b, S. 396.

4) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 E II, S. 973 ff.;
Lange-Kuchinke, § 29 V 1a, S. 404 f.;
Kipp-Coing, § 69 I, S. 403 f.

Die Rechtaprechung des Reichsgerichts¹⁾ und ihr folgend die herrschende Lehre²⁾ sehen die grundsätzlich unbeschränkte Verpflichtungsberechtigung gem. § 2206 I 2 BGB, ebenso wie das Verfügungsrecht gem. § 2205, 2 BGB, als eingeschränkt an durch den im Vertretungsrecht entwickelten Gedanken des Mißbrauchs³⁾: Das Geschäft sei unwirksam, wenn der Testamentsvollstrecker seine Rechtsmacht mißbraucht habe und der Dritte dies erkannt habe oder habe erkennen müssen (auf Grund von Fahrlässigkeit nicht erkannt habe, wobei grobe Fahrlässigkeit nicht erforderlich sei).

1) Vgl. RGZ 75, 299 (300 ff.); 83, 348 (352 f.); 130, 131 (134); vgl. auch BGHZ 30, 67 (71).

2) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 956 ff.;

Lange-Kuchinke, § 29 VI 3b, S. 421;

Kipp-Coing, § 68 V 1, S. 401 f.;

Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 VII 2, S. 306;

Brox, Rdnr. 391;

Planck-Flad, § 2205, Anm. 6b;

Staudinger-Dittmann, § 2206, Rdnr. 11;

Soergel-Siebert-Müller, § 2206, Rdnr. 3;

BGB-RGRK-Kregel, § 2206, Rdnr. 3;

Palandt-Keidel, § 2205, Anm. 1c.

3) Vgl. zum Mißbrauch der Vertretungsmacht

Flume, § 45 II 3, S. 788 ff.;

Lüderitz, JuS 1976, 765 (767 f.).

Zu einem reinen Verpflichtungsgeschäft ist der Testamentsvollstrecker nach dem Wortlaut des Gesetzes nur berechtigt, "soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung¹⁾ erforderlich ist." Der Erblasser kann im Rahmen des § 2207 BGB den Wegfall dieser Beschränkung anordnen²⁾; im Falle der Verwaltungsvollstreckung³⁾ (§ 2209, 1 BGB) ist im Zweifel anzunehmen, daß der Testamentsvollstrecker gem. § 2207 BGB in der Eingehung von Verbindlichkeiten nicht beschränkt sein soll (vgl. § 2209, 2 BGB).

- 1) Zum Begriff der "ordnungsmäßigen Verwaltung" vgl. Auerbach, S. 33 ff.; v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 952 ff.; Lange-Kuchinke, § 29 VI 3b, FuBn. 226, S. 421; BGH, NJW 1959, 1820 (1821 f.).
- 2) Vgl. v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 E I, S. 970; Lange-Kuchinke, § 29 V 1a, S. 405; Kipp-Coing, § 69 II 1, S. 404.
- 3) Zu den Begriffen "Verwaltungsvollstreckung", "Verwaltungsvollstreckung im engeren Sinne" und "Dauervollstreckung" vgl. Brox, Rdnr. 383 f.

Das Reichsgericht¹⁾ und ihm folgend die herrschende Lehre²⁾ haben des Testamentsvollstreckers Verpflichtungsbefugnis zu reinen Verpflichtungsgeschäften über den Wortlaut des § 2206 I 1 BGB hinaus ausgedehnt: Auch ordnungswidrige Verpflichtungsgeschäfte seien wirksam, wenn der Vertragsgegner die Ordnungswidrigkeit weder erkannt habe noch habe erkennen müssen. Diese Meinung stützt sich zum einen auf die dahingehende Ansicht des historischen Gesetzgebers³⁾ und zum andern auf das Gebot des Verkehrsschutzinteresses. Ist diese Ansicht von der erweiterten Verpflichtungsbefugnis haltbar?

Der Wortlaut des § 2206 I 1 BGB besagt: "Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, ..., soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist." Die Worte "... erforderlich ist" besagen, daß der Bedeutungsspielraum der Gesetzesworte, mangels abweichender gesetzlicher

1) Vgl. RGZ 83, 348 (353); RG, HRR 1929, Nr. 2004 = RG, DJZ 1929, 1206.

2) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 953 f.;

Lange-Kuchinke, § 29 VI 3b, S. 421 f.;

Kipp-Coing, § 68 III 7a, S. 396;

Brox, Rdnr. 391;

Planck-Flad, § 2206, Anm. 3;

Staudinger-Dittmann, § 2206, Rdnr. 10;

Soergel-Siebert-Müller, § 2206, Rdnr. 3;

BGB-RGRK-Kregel, § 2206, Rdnr. 1;

Palandt-Keidel, § 2206, Anm. 1;

a.A. vgl. die bei v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, Fußn. 89, S. 953, Genannten.

3) Vgl. Protokolle, Bd. V, S. 528, 530, 544 Fußn. 3.

Begriffsbestimmung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch¹⁾, begrenzt ist durch die Tatsächlichkeit der ordnungsmäßigen Verwaltung; die Verpflichtungsbefugnis ist nach dem Wortlaut nur gegeben, wenn objektiv eine Maßnahme der ordnungsmäßigen Verwaltung vorliegt. Da die herrschende Meinung es genügen läßt, daß der Vertragsgegner die Ordnungswidrigkeit nicht erkannte und nicht erkennen mußte, also die Wirksamkeit des Geschäftes subjektiv nach den Vorstellungen des Vertragsgegners bestimmt, geht sie über den Wortlaut des § 2206 I 2 BGB hinaus, und sie kann ihr Ergebnis nicht mehr mit einer Auslegung des Wortlautes²⁾ begründen. Es handelt sich auch nicht etwa um eine ausdehnende (extensive) Auslegung; denn auch diese setzt voraus, daß der, gegenüber dem "Bedeutungskern" weitere "Bedeutungshof" nicht verlassen wird; der "Bedeutungshof" geht aber nur so weit, wie der mögliche Bedeutungsspielraum der Gesetzesworte³⁾. Da der Bedeutungsspielraum der Gesetzesworte verlassen wird, vermag die Ansicht der herrschenden Lehre auch nicht damit als Auslegung des

1) Vgl.

Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap. 4, 2a, S. 307;

Zippelius, Einführung, III 9b, S. 53.

2) Vgl. zum Begriff der "Auslegung" als Ermittlung des Sinngehaltes der Gesetzesworte und zum Wortlaut als Grenze der Auslegung

Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap. 4, 1a, S. 298 f.; II. Teil, Kap. 4, 2a, S. 309 ff.;

II. Teil, Kap. 4, 2f, S. 332;

Canaris, Lücken, S. 19 ff.;

Zippelius, Einführung, III 9b, S. 51 ff.

3) Vgl.

Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap. 4, 4a, S. 341 f.;

Canaris, Lücken, S. 22 f.

§ 2206 I 1 BGB begründet zu werden, daß die Gesetzesverfasser die gleiche Ansicht vertraten; zwar ist die Entstehungsgeschichte der Norm eines der "klassischen Auslegungsmittel" (sogenannte "historische Auslegung"), aber mit diesem Auslegungsmittel kann auch wiederum nur innerhalb des nach dem Sprachgebrauch vorgegebenen Bedeutungsspielraums die zutreffende Wortbedeutung ermittelt werden¹⁾, die Grenze des Bedeutungsspielraums kann mit diesem Auslegungsmittel nicht überschritten werden.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung gleichartiger Fälle²⁾ könnte jedoch insofern eine Gesetzeslücke aufzeigen, als der Wortlaut des § 2206 I 1 BGB eine objektiv ordnungsmäßige Verwaltungsmaßnahme verlangt. Die Norm des § 2206 I BGB könnte in sich unvollständig sein³⁾, indem sie in Satz 1 die reinen Verpflichtungsgeschäfte ungleich behandelt im Verhältnis zu den Verpflichtungen zu einer Verfügung in Satz 2, obwohl beide Fälle rechtsähnlich wären. Die Verbindlichkeiten nach Satz 1 und diejenigen nach Satz 2 haben gemeinsam, daß es sich um Verpflichtungen des Nachlasses handelt. Die beiden unterscheiden sich darin, daß Satz 2 die Verbindlichkeiten zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand, Satz 1 die Verbindlichkeiten zu einer sonstigen Leistung betrifft.

1) Vgl.

Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap. 4, 2a, S. 307 f.; II. Teil, Kap. 4, 2c, S. 315 ff.; II. Teil, Kap. 4, 2f, S. 333 f.; Zippelius, Einführung, III 10, S. 53 ff.

2) Dazu bereits ausführlicher oben 2. Teil, 8; 2. Teil, C I.

3) Vgl. zu dieser Gruppe von Fällen Canaris, Lücken, S. 81.

Die Verbindlichkeiten nach Satz 1 wären denjenigen nach Satz 2 rechtsähnlich, wenn Sinn und Zweck des § 2206 I 2 BGB auch auf die Verbindlichkeiten nach Satz 1 zutreffen würde. Was ist die ratio legis des § 2206 I 2 BGB?

Der Testamentsvollstrecker ist gem. § 2205, 2 BGB, mit Ausnahme der unentgeltlichen Verfügungen (vgl. § 2205, 3 BGB), ohne nähere Beschränkungen zur Verfügung über Nachlaßgegenstände berechtigt; die Verfügung ist also z.B. auch dann wirksam, wenn sie nicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist zum einen die Praktikabilität des Rechts, es erschwerte den rechtsgeschäftlichen Verkehr, wenn die Wirksamkeit jeder einzelnen Verfügung des Testamentsvollstreckers wegen ordnungswidriger Verwaltung angezweifelt werden könnte¹⁾, und die Verwirklichung des Zweckes der Testamentsvollstreckung, den letzten Willen des Erblassers durchzuführen, würde behindert²⁾. Zum andern liegt der Sinn und Zweck im Verkehrsschutz³⁾; der Schutz des Dritten steht im Vordergrund, während der Schutz des Erben zurückgedrängt wird. Der Dritte soll den Gegenstand erwerben, unabhängig davon, ob es sich um eine Maßnahme der ordnungsmäßigen Verwaltung handelt. Grund für den Schutz des Dritten ist die Wertentscheidung des Gesetzes, daß der Dritte auf das Amt des Testamentsvollstreckers,

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 948;
Protokolle, Bd. V, S. 279, 527.

2) Vgl. Protokolle, Bd. V, S. 281.

3) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 948;
Kipp-Coing, § 68 IV 1, S. 399;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 V 3, S. 304.

soweit es reicht, vertrauen darf, dem Dritten soll nicht das Risiko aufgebürdet werden, wenn der Testamentsvollstrecker die im Innenverhältnis bestehende Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung (vgl. §§ 2216 I, 2219 I, 2220 BGB) verletzt. Die dem § 2205, 2 BGB zugrunde liegende Priorität des Verkehrsschutzes verfolgt § 2206 I 2 BGB konsequent weiter, indem diese Bestimmung die Verpflichtungsbefugnis zu der Verfügung nicht an das Erfordernis der ordnungsmäßigen Verwaltung knüpft. Dadurch soll verhindert werden, daß einerseits die Verfügung gem. § 2205, 2 BGB wirksam ist, aber andererseits der Erwerber einem Bereicherungsanspruch mangels wirksamer Verpflichtung ausgesetzt ist¹⁾. Dieses ist also die ratio legis des § 2206 I 2 BGB.

Sie muß aber auch für die reinen Verpflichtungsgeschäfte gem. § 2206 I 1 BGB zutreffen; denn für die Schutzwürdigkeit des Dritten darf es keinen Unterschied machen, ob er auf Grund des Verpflichtungsgeschäftes mit dem Testamentsvollstrecker einen Anspruch auf einen Nachlaßgegenstand oder auf eine sonstige Leistung erhält.

Da die ratio legis des § 2206 I 2 BGB auch auf den in § 2206 I 1 BGB geregelten Fall zutrifft, sind die Verbindlichkeiten nach Satz 1 denjenigen nach Satz 2 rechtsähnlich, und die Norm des § 2206 I BGB ist in sich unvollständig, indem ihr Wortlaut für die reinen Verpflichtungsgeschäfte eine objektiv ordnungsmäßige Verwaltungsmaßnahme fordert

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 954;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 VI 2b, S. 305;
Brox, Rdnr. 391.

und damit die reinen Verpflichtungsgeschäfte ungleich behandelt im Verhältnis zu den Verpflichtungen zu einer Verfügung in Satz 2.

Wegen dieser Gesetzeslücke ist die herrschende Meinung, daß auch ordnungswidrige Verpflichtungsgeschäfte wirksam seien, wenn der Vertragsgegner die Ordnungswidrigkeit weder erkannt habe noch habe erkennen müssen, haltbar.

B. Die Fälle fehlender Verpflichtungsmacht

Es sind Fälle denkbar, in denen dem als Testamentsvollstrecker Auftretenden die Verpflichtungsmacht fehlt, wobei für die Beteiligten dieser Mangel nicht offenkundig zu sein braucht. Hier soll untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Dritte gleichwohl einen Anspruch gegen den Nachlaß, gegen den Erben und gegen den als Testamentsvollstrecker Auftretenden privat erwirbt.

Die Sonderprobleme der Verkehrsschutzwirkungen des Testamentsvollstreckerzeugnisses (vgl. § 2368 III BGB) sollen ausgeklammert bleiben.

Zunächst soll, zum Zwecke weiterer Untersuchungen, eine Systematisierung der Fälle mangelnder Verpflichtungsmacht¹⁾ anhand von Beispielen - ohne Anspruch auf Vollständigkeit - versucht werden.

1) Zu beachten ist aber, daß gem. §§ 2218 I, 674, 169 BGB analog die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers als fortbestehend gilt, bis er das Erlöschen kennt oder kennen muß, sie wirkt nicht zugunsten eines Dritten, der bei Geschäftsabschluß das Erlöschen kennt oder kennen muß, vgl.
v. Lütow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 K VI, S. 999;
Kipp-Coing, § 75 VII, S. 432 f.;
Planck-Flad, § 2218, Anm. 2g; Vorbem. (vor §§ 2225 - 2227), Anm. 1a;
Staudinger-Dittmann, § 2218, Rdnr. 31;
Soergel-Siebert-Müller, § 2218, Rdnr. 14;
BGB-RGRK-Kregel, § 2218, Rdnr. 11.

I. Beispiele und Systematisierungsversuch

1. Das Testamentsvollstreckeramt ist nicht wirksam entstanden oder hat geendet.

- a) Die Anordnung der Testamentsvollstreckung als solcher ist unwirksam oder hat - zum Zeitpunkt der Vornahme des Geschäftes - geendet.

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung obliegt allein dem Erblasser (vgl. § 2197 I BGB)¹⁾, nur die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers kann der Erblasser anderen überlassen (vgl. §§ 2198 - 2200 BGB). Es ist möglich, daß bereits diese Anordnung der Testamentsvollstreckung als solcher unwirksam ist, so daß das Testamentsvollstreckeramt in der Person des Ernannten nicht entstehen kann²⁾, oder daß die Testamentsvollstreckung geendet hat.

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 C I, S. 932;
Lange-Kuchinke, § 29 IV 1, S. 400 f.;
Kipp-Coing, § 67 I 1, S. 382;
Brox, Rdnr. 373.

2) Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist zu unterscheiden von dem Amte des Vollstreckers, vgl.

Lange-Kuchinke, § 29 IV 1, S. 400;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 II 1, S. 297;
Brox, Rdnr. 374.

- aa) Die Testamentsvollstreckungsanordnung ist enthalten in einer nichtigen Verfügung von Todes wegen¹⁾ oder in einem widerrufenen Testament (vgl. §§ 2253 ff. BGB).
- bb) Die Testamentsvollstreckungsanordnung als solche ist nichtig, weil sie gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 I BGB)²⁾.
- cc) Die Testamentsvollstreckungsanordnung ist gem. § 2078 I, II BGB angefochten³⁾.
- dd) Wenn ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist, so gilt die Beschränkung als nicht angeordnet, wenn der Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt (§ 2306 I 1 BGB). So ist es möglich, daß die Testamentsvollstreckung nur gegenüber einem Teil der Miterben als nicht angeordnet gilt⁴⁾.

1) Zu den Nichtigkeitsgründen vgl.

v. Lübtow, 1. Ht., 2. Abschn., 5. Kap., § 8 A II, S. 305 ff.;

Lange-Kuchinke, § 34, S. 500 ff.;

Bartholomeyczik-Schlüter, § 23 I, S. 128 ff.;

Brox, Rdnr. 250 ff.

2) Vgl. statt aller Lange, JuS 1970, 101 (107) m.w.N.

3) Vgl. Lange, JuS 1970, 101 (107).

4) Vgl.

Planck-Greif, § 2306, Anm. 3a,b;

Staudinger-Ferid, § 2306, Rdnr. 49;

Soergel-Siebert-Dieckmann, § 2306, Rdnr. 7;

BGB-RGRK-Johannsen, § 2306, Rdnr. 13;

Haegeler, Rdnr. 68.

ee) Die Testamentsvollstreckung hat von selbst geendet: durch Erledigung aller Aufgaben des Testamentsvollstreckers¹⁾, durch Eintritt einer vom Erblasser gesetzten Bedingung oder eines Endtermins²⁾ oder durch Ablauf der in § 2210 BGB enthaltenen Frist.

b) Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist wirksam, aber das Amt des "Testamentsvollstreckers" ist - zum Zeitpunkt der Vornahme des Geschäftes - nicht entstanden oder hat geendet.

aa) Die Ernennung des beurkundenden Notars ist gem. §§ 7, 27 BeurkG unwirksam.

bb) Die Ernennung des Testamentsvollstreckers ist unwirksam, weil er zum Zeitpunkt des Amtsantritts geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder einen Gebrechlichkeitspfleger nach § 1910 BGB für sein Vermögen erhalten hat (§ 2201 BGB).

1) Vgl.

RGZ 81, 166 (167 ff.);
BGH, LM Nr. 1 zu § 2226;
BGHZ 41, 23 (25);
v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 K V, S. 998;
Lange-Kuchinke, § 29 VIII 3, S. 435;
Kipp-Coing, § 75 V, S. 431;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 II 3c, S. 299;
Brox, Rdnr. 379.

2) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 K V, S. 999;
Kipp-Coing, § 75 V, S. 431 f.;
Brox, Rdnr. 379.

cc) Das Testamentsvollstreckeramt hat geendet:
durch Erlöschen (§ 2225 BGB), durch
Kündigung (§ 2226 BGB), durch Entlassung
(§ 2227 BGB).

dd) Die Ernennung des Testamentsvollstreckers
ist gem. § 2078 I, II BGB angefochten¹⁾.

ee) Der Ernannte hat das Amt nicht - oder unter
einer Bedingung oder Zeitbestimmung -
durch Erklärung gegenüber dem Nachlaß-
gerichte angenommen (vgl. § 2202 BGB).

2. Das Amt des Testamentsvollstreckers ist wirksam,
aber er ist im Einzelfall nicht zu dem
Geschäft befugt.

a) Der Testamentsvollstrecker mißbraucht seine
Rechtsmacht bei einer Verpflichtung zur
Verfügung über einen Nachlaßgegenstand, und
der Dritte muß dies erkennen.

b) Der Testamentsvollstrecker geht ein reines
Verpflichtungsgeschäft ein, das nicht zur
ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist,
und der Dritte muß dies erkennen.

1) Nicht nur die Testamentsvollstreckung als solche,
sondern auch die Ernennung des einzelnen
Vollstreckers ist anfechtbar, vgl.
v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 C II d, S. 937;
Lange, JuS 1970, 101 (107);
vgl. auch den Wortlaut des § 2081 I BGB.

- c) Der Testamentsvollstrecker geht eine Verpflichtung zu einer unentgeltlichen Verfügung ein, die nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht (vgl. § 2205, 3 BGB).
- d) Der Erblasser hat die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers gem. § 2208 BGB beschränkt.

II. Kann der Testamentsvollstrecker den von ihm vor der Amtsannahme abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäften zur Wirksamkeit verhelfen?

Kann der Testamentsvollstrecker die von ihm vor der Amtsannahme abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäfte genehmigen? Die herrschende Meinung bejaht diese Frage¹⁾. Wie läßt sich dies begründen? Folgt man der Vertretertheorie, so ergibt sich nach § 177 I BGB: Der Erbe, vertreten durch den Testamentsvollstrecker, kann durch Genehmigung die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes herbeiführen.

Kann der Testamentsvollstrecker, falls man ihn nicht als Vertreter des Erben ansieht, gem.

§ 177 I BGB analog genehmigen?

Der Analogieschluß setzt voraus, daß der im Gesetz nicht geregelte Fall der Genehmigung eines vor Annahme des Amtes abgeschlossenen Geschäftes durch den Testamentsvollstrecker rechtsähnlich ist dem in § 177 I BGB geregelten Fall der Genehmigung eines vom Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrages durch den Vertretenen. Der Analogieschluß beruht auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung gleichartiger Fälle; dieser forderte, daß die Rechtsfolge des § 177 I BGB auch an den im Gesetz nicht geregelten Fall der Genehmigung eines vor Annahme des Amtes abgeschlossenen Geschäftes durch den

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 C III, S. 938;

Planck-Flad, § 2202, Anm. 12;

Staudinger-Dittmann, § 2202, Rdnr. 2;

BGB-RGRK-Kregel, § 2202, Rdnr. 4;

Palandt-Keidel, § 2202, Anm. 1a;

RGZ 80, 416 (417 ff.) allgemein zu der Frage, ob die Amtsträger den Vertretern in § 177 BGB gleichzustellen sind.

Testamentsvollstrecker angeknüpft würde, wenn die für die Rechtsfolge des § 177 I BGB nach dessen ratio legis wesentlichen Tatbestandsmerkmale auch in dem vom Gesetz nicht geregelten Tatbestand enthalten wären. Nach der ratio legis des § 177 I BGB soll der Inhaber der Rechtsmacht die Möglichkeit haben, einen Vertrag, den ein anderer ohne Rechtsmacht für ihn abgeschlossen hat, durch seine rechtsgeschäftliche Erklärung wirksam werden zu lassen. Wesentliches Tatbestandsmerkmal für die Rechtsfolge des § 177 I BGB ist also, daß der Inhaber der Rechtsmacht einen Vertrag, den ein anderer ohne Rechtsmacht für ihn abgeschlossen hat, genehmigt. Dieses Tatbestandsmerkmal ist auch in unserem vom Gesetz nicht geregelten Tatbestand gegeben. Demgegenüber ist unerheblich: Zum einen, daß - z.B. nach der Amtstheorie - der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter i.S.d. §§ 164 ff. BGB anzusehen ist; denn die Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers verpflichten den Erben unmittelbar, ebenso wie die Verpflichtungsgeschäfte des Vertreters den Vertretenen unmittelbar verpflichten¹⁾. Zum andern, daß nicht der Inhaber des materiellen Rechts, der Erbe - wie der Wortlaut des § 177 I BGB besagt -, genehmigt, sondern der Testamentsvollstrecker; denn dies beruht darauf, daß materielle Rechtsträgerschaft und Verwaltungsbefugnis auseinanderfallen, der Erbe könnte den Vertrag nicht genehmigen, da er bereits mit dem Erbfall die Verwaltungsbefugnis verloren hat²⁾.

1) Vgl. oben 2. Teil, C I.

Mit dieser Begründung will das RG, in RGZ 80, 416 (418), § 177 BGB analog auf die Verträge der Amtsträger anwenden, indem es die Amtsträger den Vertretern gleichbewertet.

2) So sinngemäß auch Schäfer, Württ NV 20 (1954), 1 (4).

Da das für die Rechtsfolge wesentliche Tatbestandsmoment des § 177 I BGB auch in unserem problematischen Fall gegeben ist, fordert der Gleichbehandlungsgrundsatz den Analogieschluß zu § 177 I BGB.

Ein von der Anwendung des § 177 I BGB losgelöstes Problem ist die Frage, ob § 181 BGB der Genehmigung des Testamentsvollstreckers entgegensteht. Folgt man der Vertretertheorie, so handelt der Testamentsvollstrecker als Vertreter im Namen des vertretenen Erben, indem er die Geschäfte genehmigt. Da die Zustimmung rechtstechnisch als selbständiges, einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft strukturiert ist¹⁾, erfüllt sie den Begriff des Rechtsgeschäftes i.S.v. § 181 BGB²⁾. Erklärt der Testamentsvollstrecker die Genehmigung sich selbst gegenüber, so hat er das Rechtsgeschäft - dem Sinne des § 181 BGB entsprechend - "mit sich im eigenen Namen vorgenommen". Es macht aber im Ergebnis keinen Unterschied, wenn der Testamentsvollstrecker statt dessen die Genehmigung dem Geschäftsgegner gegenüber erklärt; denn in diesem Falle ist eine Analogie zu § 181 BGB geboten³⁾: Ob der Testamentsvollstrecker

1) Vgl. Münchener Kommentar-Thiele, Vor § 182, Rdnr. 2.

2) Vgl. Münchener Kommentar-Thiele, § 181, Rdnr. 13 m.w.N.

3) Vgl. Münchener Kommentar-Thiele, § 181, Rdnr. 26. Die grundsätzliche Problematik, ob § 181 BGB auszulegen ist als eine formale Ordnungsvorschrift, deren Anwendungsbereich nicht vom Wortlaut abweichend eingeschränkt oder erweitert werden kann, oder ob der Gesetzeszweck berücksichtigt werden kann oder ob gar generell auf den Interessenkonflikt im Einzelfall abzustellen ist, kann hier nicht erörtert werden; vgl. zum Meinungsstand Münchener Kommentar-Thiele, § 181, Rdnr. 4 - 8.

die Genehmigung gegenüber sich selbst oder gegenüber dem Dritten erklärt, ist für deren materiellrechtliche Wirkung gleich. Auch nimmt der Testamentsvollstrecker bei der Genehmigung gegenüber dem Dritten in gleicher Weise eigene Interessen wahr, die denen des Erben entgegengesetzt sind; denn der Testamentsvollstrecker beseitigt seine Haftung aus § 179 BGB. Dieser Tatbestand erscheint nach der ratio legis des § 181 BGB, die den Vertretenen vor der Gefahr einer wegen Interessenskollision des Vertreters beeinflussten Willenserklärung schützen will¹⁾, als wesentlich für die Rechtsfolge.

Ist anzunehmen, daß der Erblasser dem Testamentsvollstrecker die Genehmigung der vor Amtsantritt abgeschlossenen Geschäfte gestattet hat²⁾?

Allein aus der Tatsache der Ernennung zum Testamentsvollstrecker als eines Vertrauensbeweises kann die Gestattung i.S.d. § 181 BGB noch nicht geschlossen werden; denn diese Norm geht davon aus, daß typischerweise das Insichgeschäft nicht gestattet ist³⁾. Die Annahme der Gestattung,

1) Vgl. Münchener Kommentar-Thiele, § 181, Rdnr. 2.

2) Nach herrschender Meinung kann der Erblasser dem Testamentsvollstrecker Insichgeschäfte gestatten, vgl.

BGHZ 30, 67 (69);

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b2, S. 959;

v. Lübtow, JZ 1960, 151 (154);

Lange-Kuchinke, § 29 V 3, S. 407;

Kipp-Coing, § 68 V 2, S. 402;

Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 VII 1, S. 306.

3) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b2, S. 959 f.;

Münchener Kommentar-Thiele, § 181, Rdnr. 46.

soweit das zu genehmigende Geschäft zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist, kann sich aus folgenden Erwägungen ergeben: Es ist leicht möglich, daß der zum Testamentsvollstrecker Ernannte aus Unkenntnis oder Vergeßlichkeit das Amt nicht oder nicht zum frühestmöglichen Zeitpunkt angenommen hat. Weiterhin können Verwaltungsgeschäfte erforderlich sein, noch bevor der Ernannte die Möglichkeit hat, die Annahmeerklärung gegenüber dem Nachlaßgericht abzugeben. Sind die Geschäfte zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich, so ist der Mangel der Amtsbefugnis nach dem verständigen Willen des Erblassers als unerheblich anzusehen und daraus die Gestattung der Genehmigung zu folgern. Sind die zu genehmigenden Geschäfte zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich, so ist auch eine Interessenkollision ausgeschlossen; der Testamentsvollstrecker befreit sich zwar durch die Genehmigung von seiner Haftung gegenüber dem Dritten aus § 179 BGB; aber er hätte andererseits gem. § 2218 I BGB i.V.m. § 670 BGB gegen den Erben einen Aufwendungsersatzanspruch.

Da der Testamentsvollstrecker wegen dieses Aufwendungsersatzanspruches gem. § 257 BGB Befreiung von seiner Verbindlichkeit verlangen könnte, besteht die Genehmigung in der Erfüllung einer Verbindlichkeit des Erben ihm gegenüber, und auch insoweit besteht gem. § 181 BGB eine Ausnahme vom Verbot des Insichgeschäftes. Im Übrigen ist es bei der Frage, ob § 181 BGB der Genehmigung entgegensteht, unerheblich, ob man

der Vertretertheorie folgt. Für die übrigen Theorien wäre § 181 BGB analog anzuwenden¹⁾; die ratio legis dieser Norm, den Vertretenen vor Interessenkollisionen des Vertreters zu schützen, läßt es als unerheblich erscheinen, ob der Testamentsvollstrecker formell als Vertreter i.S.d. §§ 164 ff. BGB angesehen wird, wesentlich ist, daß die Rechtswirkungen des Testamentsvollstreckerhandelns - wie bei der Vertretung - in der Person des Erben eintreten²⁾.

Lange-Kuchinke³⁾ will nicht nur auf die Verfügungsgeschäfte, sondern auch auf die Verpflichtungsgeschäfte, die der Testamentsvollstrecker vor Amtsannahme abschließt, § 1959 II BGB entsprechend anwenden, so daß die Verpflichtung mit Amtsbeginn für den Nachlaß wirksam werde.

§ 1959 II BGB behandelt dem Wortlaut nach nur die Verfügung, die der vorläufige Erbe vor der Ausschlagung über einen Nachlaßgegenstand trifft; die Bestimmung sagt, daß die Wirksamkeit der Verfügung durch die Ausschlagung nicht berührt wird, wenn die Verfügung nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnte.

Sind die Fälle der Verpflichtungsgeschäfte des Testamentsvollstreckers vor Amtsbeginn denjenigen

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b2, S. 958;

v. Lübtow, JZ 1960, 151 (153);

Lange-Kuchinke, § 29 V 3, S. 407;

Kipp-Coing, § 68 V 2, S. 402;

Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 VII 1, S. 306.

2) So ausdrücklich

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b2, S. 958;

v. Lübtow, JZ 1960, 151 (153).

3) Lange-Kuchinke, § 29 V 3, S. 406 f.

des vorläufigen Erben vor der Ausschlagung
rechtsähnlich?

Was ist diesen Fällen als Tatbestand gemeinsam?
Sowohl der vorläufige Erbe als auch der Testaments-
vollstrecker vor Amtsbeginn handeln ohne
Rechtsmacht.

Worin unterscheiden sie sich? Der vorläufige Erbe
handelt zum Zeitpunkt der Vornahme des Geschäftes
mit Rechtsmacht, denn indem die Erbschaft mit dem
Erbfall - wenn auch nur im Wege der vorläufigen
Zuordnung als Sondervermögen mit einer besonderen
Rechtslage gegenüber dem Eigenvermögen¹⁾ - auf ihn
überging (§ 1922 I BGB), war er bis zur Ausschlagung
Rechtsinhaber²⁾; die Ausschlagung erst bewirkte auf
Grund der gesetzlichen Fiktion des § 1953 I BGB,
daß der vorläufige Erbe nachträglich mit ex tunc-
Wirkung die Rechtsmacht verlor. Der Testaments-
vollstrecker dagegen handelte schon zum Zeitpunkt
der Vornahme des Geschäftes ohne Rechtsmacht.

Knüpft die ratio legis des § 1959 II BGB an
den beiden Fällen gemeinsamen Tatbestand an?
Es ist ratio legis des § 1959 II BGB³⁾, einen
Interessenausgleich zwischen dem endgültigen Erben
und dem erwerbenden Dritten zu schaffen. Das
rechtliche Interesse des endgültigen Erben ist es,
den Nachlaß möglichst unbeeinträchtigt durch
Verfügungen des vorläufigen Erben zu erlangen.
Das rechtliche Interesse des erwerbenden Dritten
ist es, daß sein Erwerb von dem Erben, der die
Erbschaft noch nicht ausgeschlagen hat, wirksam ist.

1) Vgl. Bartholomeyczik-Schlüter, § 31 I 1, S. 198.

2) Vgl. Lange-Kuchinke, § 8 V 1, S. 121.

3) Vgl. Protokolle, Bd. V, S. 657 ff.

Die Bestimmung des § 1959 II BGB schützt das Interesse des Erwerbers insoweit, als sie die Verfügungen des vorläufigen Erben für wirksam erklärt, die nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnten. Insoweit tritt das rechtliche Interesse des endgültigen Erben am Bestand des Nachlasses zurück. Zwar mögen die unaufschiebbaren Maßnahmen des vorläufigen Erben auch dem natürlichen Interesse des endgültigen Erben dienen, aber für dessen rechtliches Interesse wäre es typischerweise nicht notwendig gewesen, die Verfügungen gem. § 1959 II BGB kraft Gesetzes als wirksam zu belassen, der endgültige Erbe hätte sie ebensogut nach § 185 II 1, 1. Alt. BGB durch Genehmigung wirksam werden lassen können. Die Bestimmung des § 1959 II BGB trifft eine Wertentscheidung, indem sie das rechtliche Interesse des Erwerbers in beschränktem Maße schützt. Es läßt sich nun nicht mit hinreichender Sicherheit ausschließen, daß Grundlage dieser Wertung die Tatsache ist, daß der Erwerber im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäftes vom Rechtsinhaber erwirbt und dessen Rechtsmacht erst nachträglich mit ex tunc-Wirkung wegfällt. Möglicherweise knüpft die ratio legis des § 1959 II BGB die Rechtsfolge an den Tatbestand als wesentlich an, den diese Norm mit dem hier problematischen Fall gemeinsam hat, aber es läßt sich nicht ausschließen, daß die ratio legis an das unterscheidende Merkmal der nachträglich mit ex tunc-Wirkung weggefallenen Rechtsmacht anknüpft, welches im hier problematischen Fall nicht gegeben ist. Die Möglichkeit, daß der hier problematische Fall dem in § 1959 II BGB Geregelten rechtsähnlich ist, genügt aber nicht, um den Analogieschluß zu begründen; die Rechtsähnlichkeit muß positiv festgestellt werden, sind Zweifel nicht auszuräumen, muß der Analogieschluß unterbleiben¹⁾.

1) Vgl. Canaris, Lücken, S. 48 f., 51, 73 ff.

Da der Analogieschluß bereits mangels feststellbarer Rechtsähnlichkeit überhaupt unterbleiben muß, kommt es auf das Problem nicht mehr an, ob, dem Wortlaut des § 1959 II BGB entsprechend, nur die Verfügungsgeschäfte wirksam bleiben sollen oder ob diese Bestimmung auch für die Verpflichtungsgeschäfte gilt¹⁾.

Selbst wenn man den Analogieschluß bejahen sollte, könnten gem. § 1959 II BGB analog nur die nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschiebbaren Geschäfte, die der Testamentavollstrecker vor Amtsbeginn abschließt, mit Amtsbeginn - rückwirkend - wirksam werden, die ohne Nachteil verschiebbaren Geschäfte blieben ausgenommen.

1) Vgl. statt aller Bertzel, AcP 158 (1959/1960), 107 (117 ff.).

III. Kann der Erbe den wegen fehlender Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers unwirksamen Verpflichtungsgeschäften durch eigene rechtsgeschäftliche Erklärungen zur Wirksamkeit verhelfen?

1. Die Möglichkeiten des Erben nach Beendigung der Testamentsvollstreckung

Der Erbe kann das Geschäft neu vornehmen.
Kann er durch Genehmigung das Geschäft wirksam werden lassen?

Folgt man der Vertretertheorie, wird § 177 I BGB direkt angewendet, der Erbe als Vertretener kann das Geschäft genehmigen.

Folgt man nicht der Vertretertheorie, ist § 177 I BGB analog anzuwenden. Dies ergibt sich aus den oben, für den Fall der vom Testamentsvollstrecker genehmigten Geschäfte aus der Zeit vor Amtsbeginn, angestellten Erwägungen¹⁾. Das für die Rechtsfolge des § 177 I BGB nach dessen ratio legis wesentliche Tatbestandsmerkmal, daß der Inhaber der Rechtsmacht einen Vertrag, den ein anderer ohne Rechtsmacht für ihn abgeschlossen hat, genehmigt, ist auch hier gegeben. Unwesentlich ist, daß nach der Amtstheorie der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter anzusehen ist; denn auch dessen Verpflichtungsgeschäfte verpflichten den Erben unmittelbar.

1) 3. Teil, B II.

2. Die Einwilligung des Erben während des Bestehens der Testamentsvollstreckung

Die Einwilligung des Erben zu Verbindlichkeiten des Testamentavollstreckers ist in § 2206 II BGB erwähnt. Nach herrschender Meinung ist der Begriff "Einwilligung" nicht im streng rechtstechnischen Sinne als vorherige Zustimmung (vgl. § 183, 1 BGB) zu verstehen, auch die nachträgliche Zustimmung - Genehmigung - (vgl. § 184 I BGB) falle hierunter¹⁾. Dem ist zuzustimmen; die nachträgliche Zustimmung ist der vorherigen Zustimmung grundsätzlich gleichzubewerten, denn die nachträgliche Zustimmung wirkt grundsätzlich ex tunc (vgl. § 184 I BGB). Nur um die Terminologie des § 2206 II BGB beizubehalten, soll im folgenden der Ausdruck "Einwilligung" verwendet werden. Die Bestimmung des § 2206 II BGB normiert die Pflicht des Erben, zur Eingehung "solcher Verbindlichkeiten" seine Einwilligung zu erteilen. Der Begriff "solche Verbindlichkeiten" erfaßt nur diejenigen Verpflichtungsgeschäfte, deren Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist, nicht dagegen die Verbindlichkeiten zur Verfügung über Nachlaßgegenstände gem. § 2206 I 2 BGB, die nicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind²⁾.

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, FuBn. 93, S. 954;

Planck-Flad, § 2206, Anm. 8;

Staudinger-Dittmann, § 2206, Rdnr. 12.

2) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 954 f.;

Lange-Kuchinke, § 29 VI 3e, S. 423;

Klapp-Coing, § 68 III 7d, S. 397;

Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 VI 4, S. 305.

Kann die Einwilligung des Erben die fehlende Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers ergänzen und das Verpflichtungsgeschäft wirksam werden lassen? Es ist zu differenzieren zwischen den verschiedenen Gruppen fehlender Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers.

a) Das Testamentsvollstreckeramt ist nicht wirksam

Die Einwilligung des Erben zu einem Verpflichtungsgeschäft des Testamentsvollstreckers ist als rechtsgeschäftliche Erklärung auslegungsbedürftig. Der mit Rücksicht auf die Verständnismöglichkeit des Empfängers der Erklärung - sei es der Testamentsvollstrecker oder der Dritte - zu ermittelnde Sinngehalt dürfte in der Regel nicht ergeben, daß das Verpflichtungsgeschäft nicht deshalb unwirksam sein soll, weil das Testamentsvollstreckeramt nicht wirksam ist. Der Empfänger der Erklärung muß mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgehen, daß der einwilligende Erbe die Unwirksamkeit des Testamentsvollstreckeramtes nicht kennt. In den Vorschriften über die Testamentsvollstreckung enthält nur § 2206 II BGB eine Regelung über die Einwilligung des Erben. Insofern, als die dort geregelte Einwilligungspflicht des Erben den Zweck hat, die Zweifel über die Ordnungsmäßigkeit des Geschäftes zu beseitigen¹⁾, hat dieser Zweck auch typisierende Wirkung für den rechtsgeschäftlichen Sinngehalt der Einwilligung. Der Erklärungsempfänger muß im

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 954 f.;
Kipp-Coing, § 68 III 7d, S. 397;
Staudinger-Dittmann, § 2206, Rdnr. 13.

Zweifel davon ausgehen, daß die Einwilligung des Erben sich nur auf die Anerkennung des Geschäftes als ordnungsmäßig bezieht, nicht aber, daß die Einwilligung als Ersatz für das nicht wirksame Amt des Testamentsvollstreckers gelten soll. Der Sinngehalt der Einwilligung wird also in der Regel bereits nicht die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes ergeben.

Es mag aber vorkommen, daß der Erbe die Unwirksamkeit des Testamentsvollstreckeramtes kennt, Streit über die Wirksamkeit des Amtes besteht und der Erbe zu den Verpflichtungsgeschäften des "Testamentsvollstreckers" seine Einwilligung erklärt, weil er die Geschäfte für sinnvoll hält und ihren Abschluß durch den Streit nicht blockieren will. Wenn der Erklärungsempfänger diesen Sachverhalt kennt, so kann die Einwilligung des Erben den Bedeutungsgehalt haben, daß das Verpflichtungsgeschäft des "Testamentsvollstreckers" nicht deshalb unwirksam sein soll, weil das Testamentsvollstreckeramt nicht wirksam ist. Im Falle, daß die Testamentsvollstreckungsanordnung als solche unwirksam ist, kann die Einwilligung bedeuten, daß der verwaltungsbefugte Erbe dem als Testamentsvollstrecker Auftretenden rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht erteilt. Im Falle, daß die Testamentsvollstreckungsanordnung wirksam ist, aber das Amt des als Testamentsvollstrecker Auftretenden unwirksam, ist die Einwilligung des Erben insoweit gegenstandslos, als sie dem Geschäft eines Testamentsvollstreckers zur Wirksamkeit verhelfen soll¹⁾. Sie kann einerseits

1) Zu der Frage, ob die Einwilligung des Erben den Tatbestand des "venire contra factum proprium" erfüllt und dadurch eine Verbindlichkeit des Erben begründet wird, vgl. unten 3. Teil, B III 2b.

nicht bedeuten, daß der Erbe selbst Vertragspartner sein soll, da er wegen der wirksamen Testamentsvollstreckungsanordnung nicht verwaltungsbefugt ist. Andererseits bezieht sie sich auf überhaupt kein Testamentsvollstreckergeschäft; denn der als Testamentsvollstrecker Auftretende ist kein Testamentsvollstrecker, und der eventuell später das Amt annehmende Testamentsvollstrecker hat das Geschäft nicht vorgenommen. Da der bloß als Testamentsvollstrecker Auftretende überhaupt keine Verwaltungsbefugnisse am Nachlaß hat, kann er nicht im Zusammenwirken mit dem ebenfalls nicht verwaltungsbefugten Erben Nachlaßverbindlichkeiten begründen; denn andernfalls könnten diese beiden das Verwaltungsrecht des das Amt wirksam annehmenden Testamentsvollstreckers aushöhlen; dies soll aber gerade dadurch verhindert werden, daß der Erbe bereits mit dem Erbfall, unabhängig vom Amtsbeginn des Testamentsvollstreckers, die Verwaltungsbefugnis verliert¹⁾.

Der das Amt wirksam annehmende Testamentsvollstrecker kann jedoch die Verpflichtungsgeschäfte des zu Unrecht als Testamentsvollstrecker Aufgetretenen - folgt man der Vertretertheorie - gem. § 177 I BGB, - folgt man der Amtstheorie - gem. § 177 I BGB analog genehmigen.

1) Vgl. v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 G I, S. 980.

- b) Das Amt des Testamentsvollstreckers ist wirksam, aber er ist zu dem betreffenden Geschäft nicht befugt

Bei den Verbindlichkeiten zur Verfügung über Nachlaßgegenstände wird die Einwilligung des Erben erst erheblich, wenn der Testamentsvollstrecker seine Rechtsmacht mißbraucht und der Dritte dies erkennt oder erkennen muß; bei den reinen Verpflichtungsgeschäften, wenn der Dritte die Ordnungswidrigkeit der Maßnahme erkennt oder erkennen muß; im Falle fehlender Schlechtgläubigkeit ist der Dritte also auch ohne Einwilligung des Erben geschützt.

Soweit die Einwilligung als rechtsgeschäftliche Erklärung überhaupt den Sinngehalt ergibt, daß sie gerade den jeweiligen Mangel der Testamentsvollstreckerbefugnis beseitigen soll¹⁾, ist weiter zu fragen, ob die Einwilligung den Mangel der Befugnis heilen kann.

1) Bei dem oben (3. Teil, B I) als Beispiel 2d aufgeführten Fall - der Erblasser hat die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers gem. § 2208 BGB beschränkt - ist der Sinngehalt der Einwilligung nach den oben (3. Teil B III 2a) dargelegten Grundsätzen zu ermitteln.

Nach herrschender Meinung¹⁾ bewirkt die Einwilligung des Erben zu einem ordnungswidrigen Verpflichtungsgeschäft des Testamentsvollstreckers, daß der Vertragsgegner gegen die Einwendung des Erben, die Voraussetzungen des § 2206 I BGB hätten nicht vorgelegen, geschützt wird; im Anschluß an die Auffassung des Reichsgerichts²⁾ soll dies jedoch nicht gelten, wenn das Geschäft des Testamentsvollstreckers zweifellos über seine Rechtsmacht hinausgeht.

Es gibt keine Bestimmung, deren Wortlaut besagt, daß die Einwilligung des Erben den mangels Befugnis unwirksamen Verpflichtungsgeschäften des Testamentsvollstreckers zur Wirksamkeit verhelfen kann. Aus § 2206 II BGB ergibt sich dies nicht. Hier steht nicht etwa die Einwilligung des Erben auf der Tatbestandsseite und die Wirksamkeit des Geschäftes auf der Rechtsfolgesseite; aus § 2206 II BGB ergibt sich die Verpflichtung des Erben zur Einwilligung, nicht aber, welche Folgen die Einwilligung hat.

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 D II b1, S. 954 f.;

v. Lübtow, JZ 1960, 151 (156);

Planck-Flad, § 2206, Anm. 8;

Staudinger-Dittmann, § 2206, Rdnr. 13, 15;

BGB-RGRK-Kregel, § 2206, Rdnr. 4;

a.A. Lange-Kuchinke, § 29 VI 3e, S. 423; er dürfte dahin zu verstehen sein, daß die freiwillige Zustimmung des Erben das Verpflichtungsgeschäft in jedem Fall wirksam werden lasse, denn die Einschränkung der Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers liege in erster Linie im Interesse des Erben.

2) RGZ 74, 215 (219).

Die Wirksamkeit des Geschäftes als Folge der Einwilligung ergibt sich auch nicht aus der Natur der Sache. Zwar ist der Erbe Rechtsträger des Nachlasses, und die vom Testamentsvollstrecker begründeten Verbindlichkeiten treffen ihn als Nachlaßverbindlichkeiten unmittelbar, aber er hat die Verwaltungsbefugnis verloren und kann selbst keine Nachlaßverbindlichkeiten begründen¹⁾. Wenn der Testamentsvollstrecker alleine das Geschäft mangels Verpflichtungsbefugnis nicht wirksam vornehmen kann und der Erbe alleine mangels Verwaltungsbefugnis überhaupt keine Nachlaßverbindlichkeiten begründen kann, so ergibt sich daraus noch nicht, daß Testamentsvollstrecker und Erbe gemeinsam eine solche Verbindlichkeit begründen können.

Die Anhänger der Vertretertheorie können die Wirksamkeit des Geschäftes als Folge der Einwilligung nicht aus § 177 I BGB ableiten; denn diese Bestimmung ist nur anwendbar, wenn der genehmigende Vertretene die Rechtsmacht hat, selbst den Vertrag abzuschließen²⁾; der Erbe ist aber während der

1) Vgl. oben 2. Teil, A.

2) Dementsprechend ist bei der gesetzlichen Vertretung § 177 I BGB nur insoweit anwendbar, als durch die Genehmigung des Vertretenen nachträglich ein Fall der gewillkürten Stellvertretung entstehen kann, vgl. K. Müller, AcP 168 (1968), 113 (117); eine gewillkürte Stellvertretung des Erben durch den Testamentsvollstrecker mit der Wirkung, daß eine Nachlaßverbindlichkeit entsteht, ist aber ausgeschlossen, denn da der Erbe mangels Verwaltungsbefugnis selbst keine Nachlaßverbindlichkeiten begründen kann, kann er auch nicht den Testamentsvollstrecker bevollmächtigen, dies für ihn zu tun.

Testamentsvollstreckung nicht verwaltungsbefugt.

Folgt man der Amtstheorie, so läßt sich die Wirksamkeit des Testamentsvollstreckergeschäftes nicht durch eine Analogie zu § 177 I BGB begründen¹⁾. Es läßt sich nicht dartun, daß der Tatbestand der während der Testamentsvollstreckung erklärten Einwilligung des Erben zu einem mangels Befugnis unwirksamen Verpflichtungsgeschäft des Testamentsvollstreckers rechtsähnlich ist dem in § 177 I BGB geregelten Tatbestand. Das nach der ratio legis des § 177 I BGB für dessen Rechtsfolge wesentliche Tatbestandsmerkmal, daß der Inhaber der Rechtsmacht einen Vertrag, den ein anderer ohne Rechtsmacht für ihn abgeschlossen hat, genehmigt²⁾, ist im hier problematischen Falle nicht gegeben; der Erbe ist zwar materiell-rechtlich Träger des Sondervermögens, aber er ist nicht verwaltungsbefugt, er hat also nicht gerade diejenige Rechtsmacht inne, die dem Testamentsvollstrecker fehlt.

Läßt sich die Wirksamkeit des Testamentsvollstreckergeschäftes als Folge der Einwilligung des Erben begründen mit einer Analogie zu § 2206 I 1, 2 BGB? Ist der Fall der Einwilligung des Erben zu einem mangels Befugnis unwirksamen Verpflichtungsgeschäft des Testamentsvollstreckers rechtsähnlich dem in § 2206 I 1, 2 BGB geregelten Tatbestand, daß der Testamentsvollstrecker eine Verbindlichkeit eingeht, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist, oder daß er eine Verbindlichkeit zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand eingeht, über den zu verfügen er berechtigt ist? Die Rechtsähnlichkeit

1) A.A. Lange-Kuchinke, § 29 VI 3b, FuBn. 231,
S. 421, ohne nähere Begründung.

2) Vgl. oben 3. Teil, 8 II.

könnte darin begründet liegen, daß nach der ratio legis des § 2206 I 1, 2 BGB die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers im Interesse des Erben beschränkt sein sollte, so daß die Einwilligung des Erben der Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gleichzubewerten wäre und die Rechtsfolge des § 2206 I 1, 2 BGB - Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes - auch an den Tatbestand der Einwilligung des Erben geknüpft werden könnte. Zwar mag die ratio legis des § 2206 I 1, 2 BGB die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers im Interesse des Erben einschränken¹⁾. Aber es bleiben zumindest Zweifel,

1) So Lange-Kuchinke, § 29 VI 3e, S. 423.

Die Gesetzesverfasser bezeichnen zwar die Beschränkung der Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers als dem Interesse des Erben besser entsprechend (vgl. Protokolle, Bd. V, S. 530), aber den Grund für die Beschränkung sehen sie wohl in dem Willen des Erblassers, dem Testamentsvollstrecker eine seiner Aufgabenstellung entsprechende Verpflichtungsmacht zu gewähren (vgl. Protokolle, Bd. V, S. 528 ff.); dementsprechend sollte, falls der Testamentsvollstrecker nur die Aufgabe habe, den Nachlaß abzuwickeln, die Verpflichtungsmacht beschränkt sein, und falls er die Aufgabe habe, den Nachlaß über die Abwicklung hinaus zu verwalten, sollte eine Vermutung für die unbeschränkte Verpflichtungsmacht sprechen (vgl. § 2209 BGB).

ob der Erbe auf diesen Schutz seiner Interessen überhaupt verzichten kann. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung kann für den Erblasser auch ein legitimes Mittel sein, den Erben vor seinem eigenen präsumtiven Leichtsinne zu schützen und ihm den Nachlaß zu erhalten.¹⁾ Gerade dann aber, wenn der Erbe leichtsinnig ist, besteht die Gefahr, daß er zu den Verpflichtungsgeschäften des Testamentsvollstreckers, die gegen die vom Gesetz angeordneten Beschränkungen (§ 2206 I BGB) oder gegen die vom Erblasser angeordneten Beschränkungen (§ 2208 I BGB) verstoßen, seine Einwilligung erteilen wird. So könnte der vom Erblasser gewollte Zweck der Testamentsvollstreckung vereitelt werden. Wegen dieses nicht ausräumbaren Zweifels kann die Rechtsähnlichkeit des hier problematischen Falles mit dem in § 2206 I 1, 2 BGB geregelten Tatbestand nicht positiv festgestellt werden, der

1) Vgl.

v. Lübtow, 5. Ht., 6. Kap., § 2 A, S. 923;

Lange-Kuchinke, § 29 II 2, S. 394;

Kipp-Coing, § 66, S. 378.

Analogieschluß muß unterbleiben¹⁾.

Die Einwilligung des Erben vermag also den Mangel der Testamentsvollstreckerbefugnis nicht in dem Sinne zu heilen, daß das Verpflichtungsgeschäft des Testamentsvollstreckers wirksam wäre und eine Nachlaßverbindlichkeit begründet würde, wegen derer noch während des Bestehens der Testamentsvollstreckung in den Nachlaß vollstreckt werden könnte.

Aber bleibt es wenigstens möglich, daß die Einwilligung des Erben, soweit sie überhaupt den Sinngehalt hat, den jeweiligen Mangel der Testamentsvollstreckerbefugnis zu beseitigen, den Tatbestand des "venire contra factum proprium" erfüllt, so daß der Erbe entsprechend dem Verpflichtungsgeschäft des Testamentsvollstreckers zur Leistung verpflichtet wäre und der Gläubiger

1) Aus diesem Grunde kann auch nicht den Ausführungen des BGH in BGHZ 57, 84 (92 ff.) beigespflichtet werden. Der BGH hat dort zu dem ähnlich gelagerten Problem der Zustimmung des Erben (und Vermächtnisnehmers) zu unentgeltlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers, die über die Schranke des § 2205, 3 BGB hinausgehen, ausgeführt: § 2205, 3 BGB sei vornehmlich als Vorschrift zum Schutze des Erben vor dem Testamentsvollstreckergeschaffen, der Erbe solle nicht der Willkür des Testamentsvollstreckers ausgeliefert sein. Sei aber § 2205, 3 BGB nur auf den Schutz des Erben ausgerichtet, so sei kein innerer Grund erkennbar, warum der Erbe darauf nicht solle verzichten können, indem er einer unentgeltlichen Verfügung des Testamentsvollstreckers zustimme.

nach Beendigung der Testamentsvollstreckung in den Nachlaß vollstrecken könnte?

Ist das Verbot des "venire contra factum proprium" hier grundsätzlich anwendbar¹⁾?

Gegen die Anwendbarkeit läßt sich nicht einwenden, der Erbe sei zum Zeitpunkt der Einwilligung nicht verwaltungsbefugt. Der Mangel der Verwaltungsbefugnis soll verhindern, daß der Erbe Nachlaßverbindlichkeiten begründen kann, wegen derer in den Nachlaß vollstreckt und somit die Verwaltungsmacht des Testamentsvollstreckers ausgehöhlt werden könnte; der Erbe kann sich dagegen zur Verfügung über Nachlaßgegenstände verpflichten²⁾. Wenn aber der Erbe während des Bestehens der Testamentsvollstreckung eine Verbindlichkeit zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand wirksam eingehen kann, so daß der Gläubiger den Anspruch nach Beendigung der Testamentsvollstreckung zwangsweise durchsetzen kann, so kann es der Verwirklichung des "venire contra factum proprium" durch den Erben - mit der gleichen Rechtsfolge - nicht entgegenstehen, daß der Erbe nicht verwaltungsbefugt ist.

Der grundsätzlichen Anwendbarkeit des "venire contra factum proprium" könnte es aber entgegenstehen, daß dieses Institut, aus § 242 BGB abgeleitet, eine Ausprägung des Vertrauensgedankens ist³⁾ und

1) Vgl. als Parallele die Ausführungen bei Canaris, Vertrauenshaftung, S. 312 ff., über das "venire contra factum proprium" als anspruchsbegründendes Merkmal beim Mangel der Vertretungsmacht.

2) Vgl. oben 2. Teil, A.

3) Vgl.

Canaris, Vertrauenshaftung, S. 266 f., 270 f., 287 m.w.N.;

Soergel-Siebert-Knopp, § 242, Rdnr. 229.

der Vertrauensschutz des mit dem Testamentsvollstreckter kontrahierenden Dritten bereits in § 2368 III BGB i.V.m. §§ 2366, 2367 BGB abschließend geregelt wäre.

§ 2368 III BGB erklärt die Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Erbscheins (§§ 2366, 2367 BGB) für entsprechend anwendbar auf das Testamentsvollstreckterzeugnis.

Da diese Bestimmungen tatbestandlich nur den Vertrauensschutz regeln, der sich auf den Rechtschein des Testamentsvollstreckterzeugnisses gründet, wird die Frage des "venire contra factum proprium" tatbestandlich überhaupt nicht erfaßt. Der Wortlaut des § 2368 III BGB i.V.m. §§ 2366, 2367 BGB enthält also keine direkte Regelung dahingehend, daß andere Vertrauensgesichtspunkte keine anspruchsbegründende Wirkung haben könnten. Da sich die Annahme einer solchen Regelung mit dem Wortlaut nicht mehr vereinbaren läßt, vermögen die einzelnen Auslegungskriterien, z.B. die ratio legis - ungeachtet dessen, ob sie dies überhaupt anzeigen würden -, ebenfalls nicht mehr im Wege der Auslegung eine solche Regelung zu begründen.

Könnte sich aus § 2368 III BGB i.V.m.

§§ 2366, 2367 BGB im Wege des "argumentum e contrario"¹⁾ indirekt ergeben, daß neben dem dort geregelten Vertrauensschutz ein anderer Vertrauensschutz ausgeschlossen sein soll? Das "argumentum e contrario" bezeichnet den Fall, daß eine Bestimmung ihre Rechtsfolge nur an den geregelten Tatbestand angeknüpft wissen will; das "argumentum e contrario" vermag den ausschließenden Charakter einer Rechtsnorm also nur bezüglich

1) Vgl. zum "argumentum e contrario"

Canaris, Lücken, S. 44 ff.;

Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap. 5, 2b,

S. 376 f.

der in dieser enthaltenen Rechtsfolge zu begründen; es vermag zu begründen, daß die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm notwendige und nicht nur ausreichende sind. Da das "argumentum e contrario" auf einem Unähnlichkeitsschluß von dem geregelten Fall zu dem nicht geregelten Fall beruht, wobei die ratio legis der Regelung das maßgebliche Kriterium ist, vermag es nicht zu begründen, daß ein ganz anderer Tatbestand, der durch den problematischen Fall verwirklicht wird, nicht anwendbar sein soll. Bei der Frage nach der Anwendbarkeit des "venire contra factum proprium" ist dieses Institut der "andere Tatbestand", der durch die Einwilligung des Erben möglicherweise erfüllt ist; seine Anwendbarkeit kann also durch ein "argumentum e contrario" aus § 2368 III BGB i.V.m. §§ 2366, 2367 BGB nicht ausgeschlossen sein.

Könnte der Gutglaubensschutz des Testamentsvollstreckerceugnisses nach den Regeln der "lex specialis" oder der tatbestandlichen Teilüberdeckung zweier Normen¹⁾ als abschließende Regelung des Vertrauensschutzes zu interpretieren sein? Dies setzte voraus, daß zwischen dem Institut des "venire contra factum proprium" und dem Gutglaubensschutz des Testamentsvollstreckerceugnisses eine Normenkonkurrenz bestehen würde und der Gutglaubensschutz die begrifflich speziellere Tatbestandsfassung des "venire contra factum proprium" darstellen würde oder die Tatbestände sich teilweise deckten. Dies ist nicht der Fall. Das "venire contra factum proprium" enthält keinen

1) Vgl. zur "lex specialis", "tatbestandlichen Teilüberdeckung" und "Normenkonkurrenz" Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap. 2, 4, S. 250 ff.; Zippelius, Einführung, II 8, S. 43 ff.

spezielleren als und keinen tatbestandlich teilüberdeckenden zum, sondern einen begrifflich andersgearteten Tatbestand als der Gutglaubensschutz. Sollten in einem Sachverhalt beide Tatbestände erfüllt sein, indem ein entsprechendes Testamentsvollstreckerzeugnis besteht und zusätzlich der Erbe einwilligt, so wird die Tatbestandsverwirklichung des "venire contra factum proprium" gegenstandslos; denn das Verpflichtungsgeschäft des Testamentsvollstreckers ist bereits gem. § 2368 III BGB i.V.m. §§ 2366, 2367 BGB wirksam; eine Normenkollision in dem Sinne, daß die Anwendung des "venire contra factum proprium" die ratio legis des Gutglaubenschutzes vereiteln könnte, scheidet demnach aus. Die Regeln der "lex specialis" oder der tatbestandlichen Teilüberdeckung zweier Normen vermögen somit den Gutglaubensschutz des Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht als abschließende Regelung des Vertrauensschutzes zu begründen.

Könnte § 2368 III BGB i.V.m. §§ 2366, 2367 BGB eine abschließende Regelung des Vertrauensschutzes darstellen, indem die ratio legis dieser Normen eine teleologische Reduktion¹⁾ des "venire contra factum proprium" erforderte? Voraussetzung wäre, die ratio legis der Gutglaubensvorschriften ergäbe, daß diese den Vertrauensschutz abschließend regeln sollten. Es ist nicht feststellbar, daß die ratio legis einen solchen Inhalt hat. Mangels einer solchen Feststellung kann das "venire contra factum proprium" nicht durch die Gutglaubenschutzregelung des Testamentsvollstreckerzeugnisses als verdrängt angesehen werden.

1) Vgl. zur "teleologischen Reduktion"
Larenz, Methodenlehre, II. Teil, Kap. 5, 2c,
S. 377 ff.

Von der Frage nach der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Verbotes des "venire contra factum proprium" ist die weitere problematische Frage zu trennen, ob im Einzelfall seine Voraussetzungen gegeben sind. Obwohl es keinen als allgemein anerkannten, festumrissenen Tatbestand hat, soll hier, im Anschluß an die grundlegende Arbeit von Canaris¹⁾, als allgemeiner Tatbestand der maßgeblichen Kriterien dieses Instituts angenommen werden²⁾: Der Vertrauende muß gutgläubig sein, er muß eine Vertrauensinvestition vorgenommen haben; diese Lage muß dem Gegner zurechenbar sein; der Schutzzweck der die Unwirksamkeit begründenden Norm muß gewahrt bleiben; die sonst bestehenden Anspruchsgrundlagen, insbesondere Schadensersatz- und Ausgleichsansprüche, dürfen für eine angemessene Lösung nicht ausreichen; des weiteren können besondere Gesichtspunkte des Einzelfalles erheblich sein. Obwohl hier nicht grundsätzlich auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale eingegangen werden kann, soll zu den Merkmalen der Gutgläubigkeit des Vertrauenden und dessen Vertrauensinvestition noch folgendes bemerkt werden:
Der gute Glaube des vertrauenden Dritten muß sich

1) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 287 ff., 294 ff., 311 ff.

2) Im Hinblick gerade auf die Rechtsfolge "Erfüllungshaftung" ist dieser Tatbestand kein "abgeschlossener", sondern ein "bewegliches System" (Canaris, Vertrauenshaftung, S. 301 ff.). Zu der Problematik "positiver Vertrauensschutz", z.B. Erfüllungshaftung, einerseits und "negativer Vertrauensschutz" andererseits vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 5 f., 290 ff.

darauf beziehen, daß die Einwilligung des Erben den Mangel der Testamentsvollstreckerbefugnis heilt und somit eine Nachlaßverbindlichkeit entsteht. Der Dritte darf in der Regel nicht darauf vertrauen, daß der Erbe die betreffende Verbindlichkeit als Eigenverbindlichkeit gelten lasse und sie als solche später erfüllen werde. Der Dritte dürfte darauf nur vertrauen, wenn der Einwilligung des Erben derselbe Bedeutungsgehalt beizumessen wäre wie einer eigenen Verpflichtungserklärung des Erben oder einer entsprechenden Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers. Dieses kann man aber in der Regel, mangels gegenteiliger Anhaltspunkte, der Einwilligung nicht entnehmen. Wenn der Erbe in eine Verbindlichkeit des Testamentsvollstreckers einwilligt, so ist grundsätzlich anzunehmen, daß der Erbe - soweit die Einwilligung überhaupt diesen Sinngehalt hat - nur den Mangel der Testamentsvollstreckerbefugnis heilen will, nicht aber, daß sein Rechtsfolgswille auch die Verpflichtung als Ganzes trage; da das "Ob" und "Wie" des Vertrages nur von der autonomen Gestaltungsmacht des Testamentsvollstreckers bestimmt wird, ist im Zweifel davon auszugehen, daß die Verpflichtung auch nur von dessen Verpflichtungswille getragen wird. Sollte aber der Dritte darauf vertrauen dürfen, daß der Erbe die Verbindlichkeit als Eigenverbindlichkeit gelten lassen wollte, weil die Einwilligung dieselbe Bedeutung wie eine eigene Verpflichtungserklärung oder wie eine Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers haben sollte, so käme es auf die Konstruktion des "venire contra factum proprium" überhaupt nicht mehr an: Der Erbe hätte sich dem Dritten gegenüber selbst verpflichtet.

Beim Merkmal "Vertrauensinvestition" ist zu beachten, daß allein die Tatsache des Vertragsabschlusses nicht genügt, es sind in der Regel Dispositionen erforderlich, die nicht mehr rückgängig zu machen sind¹⁾.

Die Frage, ob der Erbe auf Grund des Verbotes des "venire contra factum proprium" nach Beendigung der Testamentsvollstreckung entsprechend dem Verpflichtungsgeschäft des Testamentsvollstreckers zur Leistung verpflichtet wird, läßt sich also nur für den Einzelfall beantworten. Der herrschenden Meinung, daß die Einwilligung dem Erben - generell - gegenüber dem Dritten die Einwendung nehme, die Voraussetzungen des § 2206 I BGB hätten nicht vorgelegen, kann somit nicht gefolgt werden.

1) Vgl. Canaris, Vertrauenshaftung, S. 295 f.

IV. Die Haftung des als Testamentsvollstreckers Handelnden aus § 179 BGB

Sieht man den Testamentsvollstrecker als gesetzlichen Vertreter des Erben an, so haftet der Testamentsvollstrecker privat dem Dritten im Falle - gleich aus welchem Grunde - fehlender Verpflichtungsmacht auf Erfüllung oder Schadensersatz; § 179 BGB gilt nicht nur bei der gewillkürten, sondern auch bei der gesetzlichen Vertretung¹⁾.

Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist eine Erklärungshaftung (Vertrauenshaftung) des als Vertreter Auftretenden für seine Behauptung, er habe die Rechtsmacht, einen anderen zu verpflichten²⁾. Bedenken gegen die Anwendung des § 179 BGB könnten sich daher ergeben, wenn jemand nur dadurch seine Rechtsmacht kundtut, daß er unter seiner Bezeichnung als Testamentsvollstrecker auftritt; das Ausmaß der Vertretungsmacht könnte sich für den Rechtsverkehr nicht primär aus der Erklärung, sondern direkt aus dem Gesetz ergeben, so daß die Erklärungshaftung wegen ihrer verkehrsschützenden Funktion verdrängt würde³⁾. Jedoch ist zum einen zu bedenken, daß die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers

1) Vgl. Münchener Kommentar-Thiele, § 179, Rdnr. 9.

2) Vgl.

K. Müller, AcP 168 (1968), 113 (139);

Münchener Kommentar-Thiele, § 179, Rdnr. 1 f.;

Flume, § 47, 3a, S. 802;

Protokolle, Bd. I, S. 162.

3) Vgl. zu diesem Problem bei den Fällen der gesetzlichen Vertretung ausführlicher K. Müller, AcP 168 (1968), 113 (140 ff.).

sich nicht immer direkt aus dem Gesetz ergibt, sondern sich erst aus den Anordnungen des Erblassers ergeben kann (vgl. §§ 2207 - 2209 BGB). Zum andern kann der Dritte, selbst wenn sich die Verpflichtungsmacht direkt aus dem Gesetz ergibt, darauf vertrauen, daß der Testamentsvollstrecker seine Verpflichtungsmacht kennt und er nur Geschäfte innerhalb ihrer Grenzen vornimmt¹⁾.

Bei den Verpflichtungsgeschäften, die nicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind, ist besonders die Regelung des § 179 III BGB zu beachten²⁾. Mußte der Dritte die Ordnungswidrigkeit erkennen, so wird keine Nachlaßverbindlichkeit begründet und auch die Haftung des Testamentsvollstreckers aus § 179 BGB entfällt. Mußte der Dritte dies nicht erkennen, ist das Verpflichtungsgeschäft für den Nachlaß wirksam, und der Testamentsvollstrecker wird nicht gem. § 179 BGB verpflichtet.

1) Vgl. entsprechend K. Müller, AcP 168 (1968), 113 (148 f.), über die Anwendung von § 179 BGB auf die Vertretungshandlungen der Organe juristischer Personen.

2) Vgl. Lange-Kuchinke, § 29 VI 3b, S. 422.

Folgt man nicht der Vertretertheorie, so ist § 179 BGB analog anzuwenden¹⁾. Die ratio legis, eine Erklärungshaftung zu normieren für die Behauptung der Rechtsmacht, einen anderen zu verpflichten, macht es unwesentlich, daß der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter i.S.d. §§ 164 ff. BGB aufzufassen ist, wesentlich ist, daß die Erklärungen des Testamentsvollstreckers den Erben ebenso unmittelbar verpflichten wie die Erklärungen des Vertreters den Vertretenen.

1) Vgl.

Lange-Kuchinke, § 29 V 3, S. 407;
Kipp-Coing, § 68 III 7e, S. 397;
Bartholomeyczik-Schlüter, § 42 VI 3, S. 305;
Brox, Rdnr. 391;
Planck-Flad, § 2206, Anm. 9;
Staudinger-Dittmann, § 2205, Rdnr. 55;
Soergel-Siebert-Müller, § 2206, Rdnr. 3;
BGB-RGRK-Kregel, § 2206, Rdnr. 1;
Palandt-Keidel, § 2206, Anm. 1;
Canaris, Vertrauenshaftung, S. 538, 546.

C. Zusammenfassung

Der Testamentavollstrecker ist berechtigt, Verbindlichkeiten zur Verfügung über Nachlaßgegenstände einzugehen, wenn er zu der Verfügung selbst berechtigt ist (vgl. § 2206 I 2 BGB). Zur Verfügung über Nachlaßgegenstände ist er, mit Ausnahme der unentgeltlichen Verfügungen (vgl. § 2205, 3 BGB), generell berechtigt. Die Verfügungsmacht und die ihr korrespondierende Verpflichtungsmacht sind aber eingeschränkt durch den im Vertretungsrecht entwickelten Gedanken des Mißbrauchs. Der Testamentavollstrecker ist zu Verbindlichkeiten, die keine Verpflichtung zur Verfügung über Nachlaßgegenstände enthalten (sogenannte reine Verpflichtungsgeschäfte), nach dem Wortlaut des § 2206 I 1 BGB insoweit berechtigt, als sie zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind. Über den Wortlaut dieser Bestimmung hinaus erwirbt der Vertragspartner jedoch auch dann einen Anspruch gegen den Nachlaß, wenn er die Ordnungswidrigkeit weder erkennt noch erkennen muß; denn die reinen Verpflichtungsgeschäfte sind denjenigen des § 2206 I 2 BGB rechtsähnlich, und der Wortlaut des Gesetzes ist lückenhaft, indem er die beiden Arten von Verbindlichkeiten ungleich behandelt.

Die Fälle mangelnder Verpflichtungsmacht des Testamentavollstreckers sollen zum Zwecke weiterer Untersuchungen in zwei Obergruppen untergliedert werden: 1. Das Testamentavollstreckeramt ist nicht wirksam entstanden oder hat geendet. 2. Das Amt des Testamentavollstreckers ist wirksam, aber er ist im Einzelfall nicht zu dem Geschäft befugt.

Der Testamentavollstrecker kann die von ihm vor der Amtsannahme abgeschlossenen - und deshalb unwirksamen - Verpflichtungsgeschäfte genehmigen. Für die Vertretertheorie ergibt sich dies aus

§ 177 I BGB direkt. Sieht man den Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter des Erben an, ist § 177 I BGB analoganzuwenden; denn wesentliches Tatbestandsmerkmal für die Rechtsfolge des § 177 I BGB ist, daß der Inhaber der Rechtsmacht einen Vertrag, den ein anderer ohne Rechtsmacht für ihn abgeschlossen hat, genehmigt. § 181 BGB kann - direkt oder analog - der Genehmigung entgegenstehen; die Gestattung der Genehmigung für ordnungsmäßige Verwaltungsmaßnahmen kann jedoch aus dem verständigen Willen des Erblassers zu folgern sein; außerdem hat der Testamentsvollstrecker, soweit ordnungsmäßige Verwaltung vorliegt, Aufwendungsersatzansprüche gegen den Erben, so daß die Genehmigung in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Nach Beendigung der Testamentsvollstreckung kann der Erbe die wegen fehlender Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers unwirksamen Verpflichtungsgeschäfte genehmigen; nach der Vertretertheorie gem. § 177 I BGB direkt, ansonsten gem. § 177 I BGB analog.

Kann die Einwilligung des Erben während des Bestehens der Testamentsvollstreckung die fehlende Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers ergänzen (der Ausdruck "Einwilligung" bezeichnet entsprechend der Terminologie des § 2206 II BGB auch die nachträgliche Zustimmung)?

Die Einwilligung hat in der Regel, entsprechend § 2206 II BGB, nur den Sinngehalt, das Geschäft als ordnungsmäßig anzuerkennen, nicht aber, die Unwirksamkeit des Testamentsvollstreckeramtes zu beseitigen. Soweit die Einwilligung überhaupt den Sinngehalt hat, den jeweiligen Mangel der Testamentsvollstreckerbefugnis zu beseitigen, vermag sie jedoch nicht den Verpflichtungsgeschäften zur Wirksamkeit als Nachlaßverbindlichkeiten zu verhelfen. Die Wirksamkeit kann sich nicht aus

§ 177 I BGB ergeben; denn der einwilligende Erbe ist nicht verwaltungsbefugt, er hat nicht gerade diejenige Rechtsmacht inne, die dem Testamentsvollstrecker fehlt. Ein Analogieschluß zu § 2206 I 1, 2 BGB scheitert daran, daß sich eine Rechtsähnlichkeit der Einwilligung des Erben mit dem dort geregelten Tatbestand nicht dartun läßt; denn es bleiben Zweifel, ob der Erbe auf den Schutz seiner Interessen, den die Bestimmung des § 2206 I 1, 2 BGB aufstellt, indem sie die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers beschränkt, soll verzichten können.

Die Einwilligung kann jedoch in der Person des Erben den Tatbestand des "venire contra factum proprium" erfüllen, so daß der Gläubiger nach Beendigung der Testamentsvollstreckung in den Nachlaß vollstrecken kann.

Bei fehlender Verpflichtungsmacht haftet der Testamentsvollstrecker privat dem Dritten gem. § 179 BGB.

Lebenslauf

29. Juli 1948 geboren als Sohn des Maschinen-
schlossers Theo Trees und der Haus-
frau Margarete geb. Tunnat in
Höhr-Grenzhausen, Westerwaldkreis
- April 1955 - Besuch der Volksschule
April 1959 (Goetheschule) in Höhr-Grenzhausen
- April 1959 - Besuch der Staatlichen Realschule
April 1965 in Höhr-Grenzhausen mit Abschluß
- April 1965 - Besuch des Staatlichen Gymnasiums
Juni 1967 in Montabaur (Rheinland-Pfalz)
22. Juni 1967 Reifeprüfung
1. August 1967 - Ausbildung und Berufstätigkeit als
30. September 1970 Steuerinspektor bei der Finanz-
verwaltung des Landes Rheinland-Pfalz
- WS 1970/71 - Studium der Rechtswissenschaften
SS 1975 an der Philipps-Universität in
Marburg/Lahn
5. Juni 1975 erste juristische Staatsprüfung
1. November 1975 Ernennung zum Rechtsreferendar
in Rheinland-Pfalz
16. Februar 1978 zweite juristische Staatsprüfung
- SS 1978 - Studium der Rechtswissenschaften
WS 1979/80 an der Johannes Gutenberg-
Universität Mainz (Anfertigung
meiner Dissertation)
1. Oktober 1979 Berufung in das Richterverhältnis
auf Probe in Rheinland-Pfalz
1. April 1981 mündliche Doktorprüfung

